DIE FORTDAUER

DER

OFFENEN HANDELSGESELLSCHAFT

WÄHREND DER LIQUIDATION.

INAUGURAL-DISSERTATION

DER

RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

DER

KAISER-WILHELMS-UNIVERSITÄT STRASSBURG

zur Erlangung der Doctorwürde

vorgelegt von

ARNOLD NÖLDEKE

Referendar in Strassburg.

STRASSBURG

BUCHDRUCKEREI VON R. SCHULTZ & COMP.

1887

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547619_0056

Seinen lieben Eltern gewidmet.

§ 1.

Einleitung.

I. In den zahlreichen Kapiteln der Rechtslitteratur, welche die Gesellschaftslehre und insbesondere die Lehre von der Handelsgesellschaft behandeln, begegnen wir häufig der Ansicht, dass auch nach der Auflösung die Gesellschaft noch in einem gewissen Sinne oder für einen gewissen Zweck fortbestehe. Diese Worte enthalten eine doppelte, streng zu unterscheidende juristische Bedeutung, eine allgemeinere, welche bei allen Gesellschaften in juristischem Sinne, ja bei allen Consensualverträgen Platz greift, und eine speciellere, die bloss bei Handelsgesellschaften zur Erscheinung kommt und ihren Grund hat in dem Wesen der modernen Handelsgesellschaft. Während daher von der Fortdauer der societas im ersten Sinne bereits die römischen Juristen sprechen, ist die andere Bedeutung ihnen völlig fremd.

Im allgemeinen verstehen wir unter der Fortdauer einer Gesellschaft nach ihrer Auflösung die juristische Thatsache, dass die Wirkung der Auflösung sich nicht auf die Vergangenheit, sondern nur auf die Zukunft erstrecken soll. Schon die Römer haben sich wiederholt[1] dahin ausgesprochen, dass durch die Auflösung der Gesellschaft nur eine künftige Entwickelung der auf Grund des Sozietätsvertrages entstandenen Rechtsbeziehungen und eine Neubildung solcher auf dem Boden des aufgelösten Contraktes ausgeschlossen werden solle, während vorher begründete Rechts-

1. Cf. z. B. l. 27, 28, 38 pr., 63 § 8, 65 §§ 2, 9. D. pro socio 17, 2.

verhältnisse, seien sie bereits erfüllt oder harrten sie noch der Erfüllung, durch die Auflösung nicht berührt würden[1]. Die Folge davon ist, dass eine vollständige Wiederherstellung des Zustandes, wie er vor Abschluss des Gesellschaftsvertrages bestanden hat, sich durch die blosse Auflösung des Vertrages nicht erreichen lässt. Vielmehr wird, wenn der aufgelöste Vertrag vor der Auflösung ganz oder theilweise erfüllt war, eine völlige restitutio nur dadurch erzielt werden können, dass selbständige Verträge auf Rückgabe des bereits Empfangenen geschlossen werden. Nur in einem Fall kann wieder ohne weiteres derjenige Zustand eintreten, der vor dem Vertrage bestanden hat: wenn nämlich der Vertrag noch in keiner Weise zur Ausführung gelangt ist, vor allem, wenn noch keine Beziehungen der Gesellschaft zu dritten Personen hergestellt sind, dann findet eine Fortwirkung der Gesellschaft in keiner Weise statt, und es liegt eine Auflösung mit der Wirkung ex tunc vor, während in den andern Fällen eine Wirkung ex nunc eintritt d. h. eine Fixirung der auf Grund des Gesellschaftsvertrages entstandenen Rechtverhältnisse im Moment der Auflösung[2].

Dieser allgemeine Begriff der Fortdauer einer Gesellschaft nach ihrer Auflösung lässt sich natürlich auch bei einer Handelsgesellschaft und im besonderen bei einer offenen Handelsgesellschaft anwenden. Regelmässig aber verbinden wir mit dem Begriff der Fortsetzung einer Gesellschaft, wenn er in der Handelsrechtslitteratur oder vom Handelsstande[3] gebraucht wird, einen ganz andern Sinn, und mit

---

1. Vgl. Windscheid, Pand., Bd. II, p. 537; Puchta, Pandekten, p. 555; Sintenis, Prakt. Civilrecht, Bd. II, p. 706; Seuffert, Archiv, Bd. IX, p. 37 f.

2. Vgl. Laband's Ausführungen in Goldschm., Zeitschr. für das ges. Handelsrecht, Bd. XXIV, p. 67 ff.

3. So ist namentlich in Frankreich üblich, bei Auflösung einer Handelsgesellschaft Cirkulare zu versenden des Inhalts: La société ne subsiste plus que pour sa liquidation; vgl. Troplong, Contrat de société, tom. II, p. 472; Frémery, Étud., p. 69, not. 5.

diesem wollen wir uns in der vorliegenden Abhandlung näher beschäftigen.

Bei der Handelsgesellschaft unsers Rechts besteht ein den Gesellschaftern gemeinschaftliches, von ihrem Privatvermögen abgesondertes Gesellschaftsvermögen. Dieses wird in seinem objektiven Bestande durch die eine Gesellschaftauflösung herbeiführenden Gründe[1] unmittelbar nicht berührt und besteht auch nach der Auflösung in seiner Absonderung fort. Da indes in Folge der Gesellschaftsauflösung das ganze unter den Gesellschaftern bestehende Band gelöst werden soll, so ist eine Auseinandersetzung bezüglich der Vermögensgemeinschaft unerlässlich. Diese Auseinandersetzung, welche je nach dem Ueberschusse der Aktiva über die Passiva oder umgekehrt im Wege des Liquidations- resp. des Concursverfahrens erfolgt, besteht nun nicht nur in einer blossen Rechnungsmanipulation und Theilung der zum Gesellschaftsfonds gehörigen Gegenstände in natura, sondern in einer allmählich erfolgenden Versilberung dieser Objekte und danach erfolgenden Auftheilung des eingebrachten Erlöses. Um hierbei einen den Gesellschaftern möglichst günstigen Ertrag zu erzielen, ist es erforderlich, dass für einen gewissen Zeitraum, nämlich bis zur Beendigung der Auseinandersetzung der unter den Gesellschaftern und im Verhältniss zu Dritten bestehende Rechtszustand fast unverändert fortdauert und dass sich auf diesem Boden eventuell noch neue Rechtsverhältnisse zu entwickeln vermögen. Dies ist der Sinn, welchen wir mit der Fortdauer der Handelsgesellschaft im besondern verbinden.

Die Nürnberger Commission hat diesen Satz vom Fortbestand der Handelsgesellschaft ausdrücklich dadurch anerkannt, dass sie, obgleich sie es für vollkommen überflüssig hielt, doch, um Missverständnisse zu verhüten, einen besonderen die Fortdauer während der Liquidation betreffenden Artikel in das Handelsgesetzbuch aufnahm[2]. Es ist dies

1. Vgl. Art. 123, 125 H.-G.-B.
2. Vgl. Prot., p. 4542 f.

der Artikel 144[1], welchen wir unserer Untersuchung zu Grunde legen und welcher folgenden Wortlaut hat:

> «Ungeachtet der Auflösung der Gesellschaft kommen bis zur Beendigung der Liquidation in Bezug auf das Rechtsverhältniss der bisherigen Gesellschafter unter einander, sowie der Gesellschaft zu dritten Personen die Vorschriften des zweiten und dritten Abschnitts zur Anwendung, soweit sich aus den Bestimmungen des gegenwärtigen Abschnitts und aus dem Wesen der Liquidation nicht ein anderes ergiebt.»

II. Da den Römern die Absonderung eines besonderen Handlungsfonds fremd war, so kann auch bei ihnen von einer Auseinandersetzung bezüglich desselben keine Rede sein. Vielmehr sehen wir den Gegensatz zwischen der societas resp. der communis arca und den personae singulorum sociorum und damit die Grundlage des Liquidationsverfahrens in Theorie und Praxis erst gegen Ende des Mittelalters entstehen, zu welcher Zeit aber die Scheidung noch nicht bis zu dem Grade durchgeführt war, in dem sie uns heute geläufig ist. So wurde noch im Beginn des 15. Jahrhunderts eine Exekution der Privatgläubiger eines Gesellschafters in das Sozietätsgut zugelassen[2].

Die ersten Spuren eines Liquidationsverfahrens finden sich bei Straccha und Casaregis. Ersterer erklärt[3]: Tamen durat effectus societatis, donec fuerit exactum omne id, quod pertinet ad societatem, und letzterer spricht sich dahin aus[4], dass von der Theilung der Masse Gelder zurückbehalten

---

1. Aehnlich äusserte sich Treitschke, Gewerbegesellschaft, p. 214, 215, schon im Jahre 1844: «Wegen der in Gemeinschaft bleibenden Aktiven dauern die frühern Verhältnisse fort» und «wegen der noch nicht abgewickelten Geschäfte muss die Gemeinschaft fortbestehen.»

2. Vgl. Schmidt, Handelsgesellschaften in den deutschen Stadtrechtsquellen des Mittelalters, p. 55 f.

3. Decis. LXXI, 7.

4. Discurs. de comm., 29 no. 39.

werden müssten pro solutione creditorum. Also hiernach wurde eine Fortdauer des Gesellschaftsbandes angenommen bis zur Bezahlung der Sozietätsschulden. Die Theilung der communis arca fand zu jener Zeit im Wege der Naturaltheilung statt, und wurde nur eine genügende Zahl von Effekten und Geldern zur Bezahlung von Gesellschaftsschulden retinirt. Baarkapitalien und theilbare Gegenstände wurden je nach Bedürfniss in Theile zerlegt, untheilbare Sachen wurden verkauft oder einem der Gesellschafter zum Eigenthum überwiesen, Forderungen wurden einem zugetheilt. Diese Art der Auseinandersetzung war aber mit vielfachen Schwierigkeiten verknüpft. War die Abschätzung des Werthes der einzelnen Sachen und Forderungen an sich schon keine leichte, so gab dieselbe in denjenigen Fällen noch zu besonderen Weitläufigkeiten Anlass, wo die Auflösung in Streitigkeiten unter den Gesellschaftern ihren Grund hatte. Dazu kamen noch die Schwierigkeiten, welche eine grosse Zahl von Gesellschaftern, unter denen sich oft auch Minderjährige befanden, verursachte. Infolge dessen begegnen wir bereits in älteren Urkunden[1] einer derartigen Verabredung der socii, dass die Forderungen auch nach der Gesellschaftsauflösung gemeinsam bleiben sollten, und dass derjenige von den Gesellschaftern, der eine solche Forderung einziehe, den Genossen ihren gebührenden Antheil erstatten solle.

Noch einen Schritt und damit den entscheidenden machte der Handelsgebrauch im vorigen Jahrhundert, indem er die Naturaltheilung vollständig beseitigte; an deren Stelle trat dann die Versilberung des Gesellschaftsfonds, Bezahlung der Schulden und Vertheilung des übrigbleibenden Restes unter die Gesellschafter. Das Preussische Allgemeine Landrecht behandelt zwar die Regelung dieses Verfahrens direkt noch nicht, doch enthält es bereits einige zu ihm überleitende Bestimmungen in Th. I Tit. 17 §§ 304, 305: «Soll eine gänzliche Trennung der Gesellschafter erfolgen, so müssen,

1. Vgl. Schmidt a. a. O., p. 86.

wenn nichts anderes verabredet ist, zuvor die bereits angefangenen Geschäfte auf gemeinsamen Gewinn und Verlust ausgeführt werden; vor völliger Beendigung dieser Geschäfte kann regelmässig keiner der Gesellschafter seinen Capitalsbeitrag zurückerhalten.» Ebensowenig wie im Preussischen Landrecht finden wir Bestimmungen über das Liquidationsverfahren im Code de commerce oder im Oesterreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch, welches vielmehr noch ganz auf dem Standpunkt der Naturaltheilung steht. Erst die diesem folgenden Gesetzbücher haben besondere Vorschriften über die Liquidationen der Handelsgesellschaften gegeben. So enthält das Deutsche Handelsgesetzbuch in den Art. 133—145 zahlreiche Bestimmungen über das Liquidationsverfahren.

Nach dieser ganz naturgemässen Entstehung des heutigen Auseinandersetzungsverfahrens dient dasselbe lediglich den Interessen der bisherigen Gesellschafter und wird in keiner Weise durch die öffentliche Ordnung oder das Interesse der Gläubiger hervorgerufen. Es erscheint deshalb selbstverständlich, dass die Liquidation und damit die Fortsetzung der Gesellschaft nach der Auflösung als solche von den Gesellschaftern gewollt sein muss, dass sie durchaus keine nothwendige Folge der Auflösung ist und nicht von aussen, weder von den Gläubigern, noch vom Richter erzwungen werden kann. Zu der entgegengesetzten Ansicht[1], wonach die Gesellschaftsgläubiger einen Anspruch auf Einleitung und Durchführung der Liquidation haben, hat sich bis in die neueste Zeit der Oesterreichische oberste Gerichtshof bekannt. Diese Ansicht beruht aber auf einer vollständigen Verkennung der rechtlichen Natur des Gesellschaftsver-

1. Vgl. Renaud, Commanditgesellschaft, p. 524 f.; Gierke, Genossenschaftstheorie und Rechtsprechung, p. 489 ff.; Endemann, Handelsrecht, § 47 III; Hahn, Commentar zum H.-G.-B. zu Art. 133 § 2; Anschütz und v. Völderndorff, Commentar, Bd. II, p. 294; Busch, Archiv für Handelsrecht, Bd. X, p. 214; eod. N. F., Bd. III, p. 477; Entscheidungen des R.-O.-H.-G., Bd. XXIV, p. 143 ff.

mögens, wie auch des Liquidationsverfahrens. Es liegt kein Grund vor, nach der Auflösung den Gläubigern ausgedehntere Rechte zu gewähren, als sie ihnen vorher zustanden; hatten sie vor der Auflösung keinen Einfluss auf Bildung, Erweiterung und Beschränkung des Gesellschaftsfonds, so kann ihnen auch nachher ein solcher nicht eingeräumt werden. Vorausgesetzt wird hierbei, was überhaupt Vorbedingung für den Eintritt einer Liquidation ist, dass sich nicht etwa im Sozietätsvermögen mehr Passiva als Aktiva befinden; denn wenn dies der Fall ist, dann muss das Concursverfahren eingeleitet werden, für welches besondere Regeln gelten und gelten müssen. Die scheinbare äusserliche Aehnlichkeit zwischen dem Concurs- und Liquidationsverfahren mag vielfach zu der oben erwähnten irrthümlichen Ansicht geführt haben. Beim Concurs aber liegt es im Interesse der Gläubiger sowohl als auch der öffentlichen Ordnung, dass die ersteren sowie der Richter einen Einfluss auf die Verwaltung und Vertheilung der überschuldeten Masse haben, damit eine weitere Benachtheiligung der bereits geschädigten Gläubiger nicht eintrete. Durch die Eröffnung des Concurses soll eine Schädigung der Gläubiger verhindert werden, durch das Nichteintreten der Liquidation kann dagegen eine Benachtheiligung Dritter nicht verursacht werden.

Man hat sich auch[1], um die gegnerische Ansicht zu begründen, auf die Artikel 133 und 135 des Handelsgesetzbuchs berufen. Aus denselben ist aber in dieser Hinsicht ein Argument nicht zu entnehmen. Artikel 133 nämlich besagt nur, durch wen und wie die Liquidation vorgenommen werden solle; dass eine solche stets erfolgen müsse, ist darin nicht enthalten. Und Artikel 135, der von der Anmeldung der Liquidatoren zum Handelsregister spricht, hat zur Voraussetzung, dass eine Liquidation wirklich begonnen hat und Liquidatoren ernannt sind.

Demnach liegt es auf der Hand, dass die Gesellschafter

1. Vgl. Renaud a. a. O., p. 525.

die Macht haben, die Liquidation und damit eine Fortdauer der Gesellschaft nach ihrer Auflösung zu verhindern. Dies wird bei der evidenten Abneigung des Kaufmannsstandes vor der Abwickelung der Geschäfte in dem gewissermassen öffentlichen Liquidationsverfahren nicht selten[1] auf die Weise herbeigeführt, dass die Gesellschafter sich vor der Auflösung gänzlich auseinandersetzen und erst nachher die Auflösung anmelden. Oder die Gesellschafter lassen eine Naturaltheilung des Gesellschaftsvermögens eintreten, oder endlich das Gesellschaftsgeschäft wird in ein Einzelgeschäft verwandelt dadurch, dass alle Aktiva und Passiva sei es an einen der Gesellschafter sei es an einen Dritten zur Fortführung des Geschäfts auf dessen alleinige Rechnung übertragen werden.

Wenn nun auch, wie wir bisher gesehen haben, an der Liquidation resp. der Fortdauer der Gesellschaft nach ihrer Auflösung wesentlich die Gesellschafter ein Interesse haben und daher Dritten ein Einfluss auf Beginn und Gang der Liquidation nicht eingeräumt werden kann, so ist dadurch keineswegs völlig ausgeschlossen, dass diese Fortsetzung auch Dritten gegenüber von Bedeutung werden kann, und dass diese aus ihr gewisse Vortheile ziehen können[2]. Doch entspringen auch diese Wirkungen stets nur dem Interesse der Gesellschafter; auch sie sind bestimmt, eine möglichst rasche Abwicklung der Gesellschaftsgeschäfte herbeizuführen. Danach müssen wir die Liquidation nach doppelter Richtung betrachten, einmal mit Rücksicht auf die Verhältnisse der Gesellschafter unter einander, und weiter mit Rücksicht auf die Verhältnisse der Gesellschafter zu Dritten. Wie dieser Gegensatz sich zur Zeit des Bestehens der Gesellschaft vor allem äussert in dem Unterschied zwischen der Geschäftsführung und Vertretung, so verhält es sich auch nach der Auflösung. Auch während der Liquidation haben wir zu

1. Dies lehrt ein Blick in die Publikationen der Handelsregister.
2. Vgl. Entscheid. des R.-O.-H.-G., Bd. XVI, p. 287; XXIV, p. 146.

unterscheiden eine Geschäftsführung und eine Vertretung.

§ 2.

Geschäftsführung.

Principiell bleiben nach Art. 144 des Handelsgesetzbuchs während der Liquidation bezüglich der Geschäftsführung die vor der Auflösung geltenden Bestimmungen in Kraft, soweit sie nicht ausdrücklich durch andere ersetzt sind oder dem Wesen der Liquidation widersprechen. Dies gilt nicht nur von den im Handelsgesetzbuch aufgestellten, sondern auch von den den gesetzlichen vorgehenden vertraglichen Bestimmungen der Gesellschafter[1].

Auf eine wesentliche Differenz zwischen der Liquidation und dem vorher bestehenden Zustand stossen wir sofort, wenn wir betrachten, welche Personen während der Liquidation zur Geschäftsführung befugt sind. An und für sich würde es nicht unverständlich sein und durch mancherlei Gründe gerechtfertigt erscheinen, wenn diejenigen Personen, welche während des Bestehens der Gesellschaft die Geschäfte geführt haben, auch mit der Aufgabe der Auseinandersetzung betraut würden; denn gerade sie sind über die abzuwickelnden Geschäfte zweifellos am besten unterrichtet. Doch muss hierbei in Betracht gezogen werden, dass in zahlreichen Fällen nach der Auflösung das Vertrauen nicht fortdauert, welches die Gesellschafter zur Uebertragung der Geschäftsführung bewogen hat, und welches die unerlässliche Voraussetzung ist für so umfangreiche Befugnisse, wie sie den einzelnen Handelsgesellschaftern nach dem Handelsgesetzbuch zustehen. Während des Bestehens der Gesellschaft waren die Interessen der Gesellschafter gemeinschaftliche, auf möglichste Förderung des Gewerbebetriebes

1. Vgl. Behrend, Handelsrecht, Bd. I, p. 567 A. 17.

gerichtete; infolge dessen konnte auch dem Princip der Arbeitstheilung freier Lauf gelassen und jedem einzelnen Gesellschafter principiell die Erlaubniss zur Geschäftsführung ertheilt werden. Mit der Auflösung der Gesellschaft tritt aber hierin eine Aenderung ein. Jetzt treten die gemeinsamen hinter den Sonderinteressen zurück; es steht deshalb zu befürchten, dass, wenn ein einzelner Gesellschafter auf eigene Hand in Gesellschaftsangelegenheiten vorgehen darf, er mehr seinen eigenen Vortheil als den seiner Genossen berücksichtigen wird. Auch hat die Auflösung häufig in Streitigkeiten der Gesellschafter unter einander ihren Grund oder darin, dass einer der Gesellschafter verstorben ist. Besonders in diesem Fall kann man unmöglich den Gesellschaftern zumuthen, dass sie ihren Genossen, mit denen sie in Streit gerathen sind, oder den Erben des verstorbenen socius das Recht zur Einzelgeschäftsführung überlassen. Es war deshalb richtig, wenn die Nürnberger Commission[1], entsprechend der Lehre vom Miteigenthum nach römischem Recht, bestimmte, dass nach der Auflösung in dubio die sämmtlichen Gesellschafter resp. deren Vertreter zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet seien. Somit fällt der Unterschied zwischen besonderen zur Geschäftsführung berechtigten und nicht berechtigten Gesellschaftern im Moment der Auflösung fort: jetzt fungiren die sämmtlichen Gesellschafter zusammen als Geschäftsführer.

Diese Wirkung tritt sofort mit dem Moment der Auflösung[2] ein und nicht erst, wie Kräwel[3] will, mit dem Beginn

---

1. Vgl. Protokolle, p. 1028-1030, 1048 f.

2. Vgl. Renaud a. a. O., p. 516 f., 537; Keyssner, Liquidation der offenen Handelsgesellschaft bei Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. X, p. 364 ff.; Hahn a. a. O., p. 475; Entsch. des R.-O.-H.-G., Bd. VII, p. 71.

3. Kräwel (Allg. H.-G.-B. zu Art. 144 und Busch, Archiv, Bd. IV, p. 60 ff.) hält unsere Ansicht für die juristisch consequente und nach dem H.-G.-B. an sich gebotene, nimmt aber aus praktischen Gründen an, dass die geschäftsführenden Gesellschafter bis zum Eintritt der Li-

der Liquidation. Allerdings schweigt das Handelsgesetzbuch über diesen Punkt, da es annimmt, dass, was wohl fast immer der Fall sein wird, die Liquidation unmittelbar auf die Auflösung folgt und ein Zwischenstadium nicht existirt. Doch beruhen die besonderen Befugnisse der einzelnen Gesellschafter auf dem Gesellschaftsvertrage, der mit der Auflösung sein Ende erreicht. Dass die Wirkungen des durch diesen Vertrag geschaffenen Rechtzustandes auch nach der Auflösung noch fortdauern, kann hier durchaus nicht in Betracht kommen, da gerade betreffs der zur Geschäftsführung berechtigten Personen eine Fortdauer des vor der Auflösung bestehenden Zustandes expressis verbis ausgeschlossen ist. Auch werden jene Gründe, welche nach der Auflösung eine Beschränkung der Dispositionsbefugniss des einzelnen Gesellschafters nöthig machen, sofort mit der Auflösung wirksam, und nicht etwa erst mit dem Beginn der Liquidation.

Die sämmtlichen Bestimmungen, welche die Ordnung der unter den Gesellschaftern bestehenden Verhältnisse betreffen, gehören dem jus dispositivum an. Demnach können die Gesellschafter, wenn sie das Vertrauen, welches sie einzelnen ihrer socii während des Bestandes der Gesellschaft entgegenbrachten, noch besitzen, auf die Mitwirkung bei der Liquidation ihrerseits verzichten und einzelnen Personen die Geschäftsführung übertragen. Diese einzelnen Personen können sie entweder aus ihrer Mitte erwählen, ja es können die sämmtlichen Gesellschafter sich wechselseitig durch Einstimmigkeit zur alleinigen Geschäftsführung ermächtigen, oder es können als Geschäftsführer Dritte zugezogen werden. Eine diesbezügliche Bestimmung kann jederzeit getroffen werden, sowohl im Gesellschaftsvertrage als nach der Auflösung der Gesellschaft. War ersteres der Fall, dann bleibt die betreffende Clausel auch nach der Auflösung des Ver-

---

quidation mit der Verwaltung betraut seien. Ein jedenfalls unzulässiges Verfahren!

trags bestehen, sie ist eben als ein neuer, selbständiger Vertrag aufzufassen, dessen Voraussetzung der Eintritt der Gesellschaftsauflösung ist. Sowohl zu einer Einsetzung einzelner Geschäftsführer als zu einer Ersetzung derselben durch andere oder zu einer Aenderung in den Geschäftsführungsbefugnissen bedarf es stets der Zustimmung der sämmtlichen Gesellschafter.

Die Beiziehung fremder Personen zur Bewerkstelligung der Auseinandersetzung ist kein seltener Fall. Auch während des Bestehens der Gesellschaft ist die Beauftragung einer nicht zum Kreise der Gesellschafter gehörigen Person mit der Geschäftsführung nicht ausgeschlossen; doch wird sich dies nicht häufig ereignen, da in solchem Falle der Betreffende meist als Gesellschafter aufgenommen werden wird, was nach der Auflösung nicht mehr möglich ist. Es ist daher erklärlich, dass das Handelsgesetzbuch dieser Eventualität garnicht Rechnung trägt. Nach der Auflösung aber liegt es im Interesse der sämmtlichen socii, dass eine Person von vollkommener Unparteilichkeit die Auseinandersetzung vornimmt. Ist nun das Vertrauen der Gesellschafter unter einander erschüttert, und beliebt den Gesellschaftern auch die gemeinsame Verwaltung wegen ihrer Schwerfälligkeit nicht, dann liegt es nahe, sich ausserhalb des Kreises der Gesellschafter nach einem Liquidator umzusehen. Solch ein «fremder» Liquidator ist als Mandatar zu betrachten und kann durch die Einstimmigkeit der Gesellschafter jederzeit abberufen werden[1]. Es bedarf keiner weiteren Auseinandersetzung, dass beim Vorhandensein eines fremden Liquidators die Einstimmigkeit der Gesellschafter einem Liquidator gegenüber von besonders praktischer Bedeutung wird. Denn wenn der Liquidator Gesellschafter ist, muss er bei einem einstimmigen Beschluss selbst mitwirken, und es ist nicht denkbar, dass sich die Einstimmigkeit gegen ihn richtet. Beim Vorhandensein eines fremden Liquidators ist dagegen ein Dissens zwischen der

1. Art. 134 H.-G.-B.

Einstimmigkeit der Gesellschafter und dem Liquidator denkbar und möglich.

Die richterliche Ernennung von Liquidatoren ist eine wesentlich rechtspolizeiliche Vorschrift, deren Anwendung beim Vorhandensein «wichtiger Gründe» geboten ist, die jedoch auf die Befugnisse der Liquidatoren keinerlei Einfluss ausübt[1]. Nach mehrfachem Schwanken[2] hat sich die Nürnberger Commission in der 3. Lesung zu der richtigen Ansicht bekannt, dass auch der vom Richter ernannte Liquidator den einstimmigen Anordnungen der Gesellschafter unterliege und von ihnen jederzeit seines Amtes entsetzt werden könne.

Nach diesen Betrachtungen der wesentlichsten Differenzen, welche zwischen der Geschäftsführung vor und nach der Auflösung bestehen, ist die Frage gerechtfertigt, in wieweit die Ausnahmen, welche die Art. 100 und 102 H.-G.-B. für einzelne Fälle der Geschäftsführung aufstellen, auch während der Liquidation zur Anwendung kommen. Der Art. 100 bestimmt, dass, wenn mehrere Gesellschafter mit der Geschäftsführung derartig betraut sind, dass sie nur gemeinsam handeln dürfen, bei Gefahr im Verzug der einzelne socius zur Vornahme eines Geschäfts berechtigt ist. Kräwel[3] will diese Ausnahme auch für die Liquidation gelten lassen, während Keyssner[4] und Hahn[5] darauf hinweisen, dass die Bestimmungen über die Geschäftsführung nach der Auflösung durch völlig andere ersetzt werden, daher Art. 144 keine Anwendung finden dürfe; wenn man trotzdem im Fall des Art. 100 dem einzelnen Gesellschafter ein Alleinhandeln gestatten wolle, so beruhe dies nicht auf einem Fortwirken der vor der Auflösung bestehenden Rechtsverhältnisse,

1. Vgl. Art. 140 H.-G.-B.

2. Vgl. Prot., p. 4529. Ueber die erste Lesung, in der ein Antrag, wonach die richterlichen Liquidatoren durch einstimmigen Beschluss der Gesellschafter einberufen werden könnten, abgelehnt wurde, vgl. Prot., p. 250 f.

3. Busch, Archiv, Bd. IV, p. 63.

4. Goldschmidt, Zeitschr., Bd. X, p. 369 ff.

5. A. a. O., p. 474.

sondern nur auf einer analogen Ausdehnung von Bestimmungen, die für die Geschäftsführung vor der Auflösung gegeben seien. Wir schliessen uns im ganzen der letzten Argumentation an, gehen aber nicht so weit wie Renaud[1], der die analoge Anwendung nicht zulässt und daher dem einzelnen Liquidator ein Alleinhandeln in keinem Fall gestatten will. Unserer Ansicht nach muss die Bestimmung des Art. 100 auch während der Liquidation gelten, u. z. nicht sowohl wegen des Art. 144 als deshalb, weil sie keine Ausnahme von der Regel aufstellt, sondern lediglich einen Satz des Civilrechts wiederholt. Bei Gefahr im Verzuge ist nicht nur jeder der Gesellschafter, sondern sogar jeder Dritte als negotiorum gestor zu handeln befugt. Folglich ist auch während der Liquidation bei Gefahr im Verzuge ein Einzelhandeln der Gesellschafter zuzulassen.

Nach dem 2. Absatz des Art. 100, sowie nach Art. 102 darf ein einzelner Gesellschafter wirksamen Widerspruch erheben gegen die Vornahme einer Handlung selbst dann, wenn alle oder mehrere Gesellschafter einzeln zu handeln berechtigt sind. Dieser Satz entspringt aus der Erwägung, dass zwar der Betrieb des Gesellschaftsgeschäfts eine Arbeitstheilung erfordert und daher regelmässig jedem der Gesellschafter das Recht der Geschäftsführung zustehen, damit aber zugleich ein Recht der Gesellschafter zur Controle ihrer socii verbunden sein muss. Dieses Recht der gegenseitigen Controle fällt mit der Auflösung nicht nur nicht weg, sondern wir können sogar sagen, es wird zu einem noch ausgedehnteren. Mit der Auflösung tritt das Princip der Arbeitstheilung in den Hintergrund, die sämmtlichen Gesellschafter müssen bei der Auseinandersetzung principiell zusammenwirken, und nur ausnahmsweise tritt hier ein Modus ein, der demjenigen vor der Auflösung gleicht. Wenn nun schon vor der Auflösung die Gesellschafter ein Recht des Widerspruchs gegen einzelne Handlungen der Geschäftsführer haben,

1. A. a. O., p. 556 f.

um wieviel mehr muss dies Recht erst nach der Auflösung bestehen! Danach sind also auch die Liquidatoren stets verpflichtet, den Widerspruch ihrer Mitliquidatoren gegen eine beabsichtigte Handlung zu berücksichtigen[1]. Selbstverständlich bezieht sich dies nur auf den Widerspruch, der von andern Liquidatoren, nicht aber auf solchen, der von Gesellschaftern erhoben wird, welche auf die Theilnahme an der Geschäftsführung verzichtet haben. Denn ein von ihnen erhobener Widerspruch würde gegen den von ihnen geleisteten Verzicht in unzulässiger Weise verstossen. Aus Art. 140 H.-G.-B. kann auf dem Wege des argumentum a contrario das Gegentheil nicht bewiesen werden. Dieser Artikel bezieht sich bloss auf das Verhältniss der Liquidatoren zu denjenigen Gesellschaftern, welche an der Liquidation aktiv nicht theilnehmen, während unsere Frage das Verhältniss der Liquidatoren unter einander betrifft. Wenn Keyssner[2] die entgegengesetzte Ansicht vertritt, weil bei Annahme unserer Ansicht die Liquidatoren, deren jedem die Gesellschafter die Geschäftsführung hätten übertragen wollen, zu blossen Collektivliquidatoren würden, so ist dem nur zu entgegnen, dass mit dem gleichen Rechte auch die geschäftsführenden Gesellschafter während des Bestehens der Gesellschaft als Collektivgeschäftsführer bezeichnet werden müssen, selbst in dem Falle, wo sie einzeln zu handeln befugt sind!

Wir haben oben den Satz hingestellt, dass im allgemeinen die Stellung der fremden Liquidatoren die gleiche ist wie diejenige der Gesellschafter als Liquidatoren. Dieser Satz bedarf aber einzelner Einschränkungen. Es gibt einige Punkte, in denen ein Unterschied zu machen ist zwischen den Gesellschaftern als Liquidatoren d. h. den «geborenen» und den fremden d. h. den gekorenen «Liquidatoren»[3]: Jene sind

---

1. Vgl. Renaud a. a. O., p. 555 f.; Kräwel a. a. O., p. 63 f.; Puchelt, Commentar, p. 255; Keyssner a. a. O., p. 370 f.

2. A. a. O., p. 370.

3. Vgl. Thöl, 4. Aufl., Bd. I, § 39 a.

kraft eigenen Rechts, diese als Mandatare d. h. kraft abgeleiteten Rechts Liquidatoren.

Evident tritt dieser Unterschied bei der Frage nach der von den Liquidatoren zu prästirenden culpa und der von ihnen zu beanspruchenden Vergütung hervor. Was die erstere anlangt, so fordert Keyssner[1] in allen Fällen von den Liquidatoren die Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nach Art. 282 H.-G.-B.; Renaud[2] will stets omnis culpa prästirt wissen, und Hahn[3] endlich macht einen Unterschied zwischen den sämmtlichen Gesellschaftern als Liquidatoren und den andern Fällen; von jenen fordert er diligentia quam suis rebus, von diesen Prästation von omnis culpa nach den Regeln des Mandats. Es unterliegt keinem Zweifel, dass, wenn sämmtliche Gesellschafter zusammen oder einzeln als Liquidatoren handeln, sie zur Anwendung von diligentia quam suis rebus verpflichtet sind; denn es liegt hier ebenso wie während der Dauer der Gesellschaft eine momentan noch ungetrennte Interessengemeinschaft vor. Warum hier eine Aenderung eintreten soll, wenn einzelne Gesellschafter auf die Mitwirkung bei der Liquidation verzichten, ist nicht abzusehen. Auch die bestehende Gesellschaft macht hier keinen Unterschied[4]. Anders aber verhält es sich, wenn ein Fremder zum Liquidator bestellt ist[5]. Dieser hat an der zu trennenden Gemeinschaft kein eigenes Interesse, er handelt lediglich als Mandatar der Gemeinschafter und muss deshalb nach den Regeln des Mandats für omnis culpa haften. Hahn wirft hiergegen ein, dass hiernach für den Fall des Zusammenwirkens von Gesellschaftern und Fremden bei der Liquidation die verschiedenen Liquidatoren zu verschiedener Sorgfalt verpflichtet seien, und nimmt infolge

1. A. a. O., p. 332, 342.

2. A. a. O., p. 557. Aehnl. Puchelt, Commentar, p. 256; Strey, Das deutsche Handelsgesellschaftsrecht, p. 156 f.

3. A. a. O., p. 463.

4. Vgl. Art. 94.

5. Vgl. Behrend, Handelsrecht, Bd. I, p. 580.

dessen stets Haftung für omnis culpa an. Diese Verschiedenheit der Haftung lässt sich allerdings nicht leugnen, doch erscheint sie angesichts der ganz verschiedenen Stellung, welche die beiden Arten von Liquidatoren dem Gesellschaftsvermögen gegenüber einnehmen, vollkommen begründet.

Von dem gleichen Gesichtspunkte aus beurtheilen wir das Recht der Liquidatoren auf Empfang einer Vergütung[1]. Hier ziehen Renaud und Hahn aus der von ihnen vertretenen Ansicht, dass der Liquidator in allen Fällen, wo nicht die sämmtlichen Gesellschafter die Liquidation führen, als Mandatar der Gesellschafter zu betrachten sei, die Consequenz, dass sie den Liquidatoren als Mandataren stets eine Vergütung gewähren wollen. Unserer Ansicht nach bleibt Art. 93, wonach den Gesellschaftern für ihre Mühewaltung ein besonderer Anspruch auf Belohnung nicht zusteht, auch während der Liquidation stets dann gültig, wenn Gesellschafter als Liquidatoren auftreten. Ist hingegen ein Fremder Liquidator, dann müssen die Grundsätze des Mandats zur Anwendung gelangen. Infolge dessen kann sich auch hier der Fall ereignen, dass verschiedene an derselben Liquidation betheiligte Liquidatoren verschieden behandelt werden, dass der eine als Gesellschafter keinen Anspruch auf Empfang einer Vergütung hat, während einem andern nach den Regeln des Mandats ein solcher Anspruch zusteht.

Streitig ist, ob ein Gesellschafter, dem für die Dauer der Gesellschaft eine Vergütung zugesichert ist, auch für die Zeit der Liquidation den Fortbezug derselben beanspruchen kann. Diese Frage ist, wie auch das R.-O.-H.-G.[2] entschieden hat, zu verneinen. Nach dem Urtheile des R.-O.-H.-G. entfällt die Vergütung mit der Auflösung, weil die Thätigkeit des Gesellschafters während der Liquidation eine andere und regelmässig geringere sei als diejenige, welche durch

---

1. Vgl. Renaud, p. 588; Hahn, p. 473; Keyssner, p. 396 f.; Lastig in Endemann's Handbuch, Bd. I, p. 417.

2. Entsch., Bd. III, p. 231.

Weiterführung des Geschäfts bedingt werde. Dies ist nicht immer zutreffend und liesse sich an der Hand einzelner Fälle leicht widerlegen. Vielmehr erlischt der Anspruch auf Vergütung mit der Auflösung deshalb, weil überhaupt der Anspruch des einzelnen Gesellschafters als solchen mit der Auflösung im Gesammtanspruch der sämmtlichen Gesellschafter untergeht. Wenn trotzdem die Gesellschafter diesen Genossen, der vor der Auflösung eine besondere Vergütung bezogen hat, mit der Liquidation betrauen, so wird hierdurch ein vollkommen neues Rechtsverhältniss geschaffen. Hierbei steht es natürlich den Gesellschaftern wie immer frei, durch einstimmigen Beschluss dem Liquidator ein besondere Vergütung zu gewähren. Wird aber ein solcher Beschluss nicht gefasst, so hört das Recht des Gesellschafters auf Bezug der Vergütung mit der Auflösung auf.

Dass während der Liquidation noch eine Geschäftsführung besteht, ist nicht bestritten; wohl aber gehen die Ansichten darüber auseinander, ob nach der Auflösung noch ein Geschäftslokal, ein Geschäftsjahr u. s. w. existire.

So hat in einer Entscheidung vom 10. September 1872 das R.-O.-H.-G.[1] ausgeführt, dass nach der Auflösung ein Geschäftslokal nicht mehr vorhanden sei; infolge dessen könne auch Art. 105 keine Anwendung mehr finden, kraft dessen die nicht zur Geschäftsführung berechtigten Gesellschafter jederzeit in das Geschäftslokal kommen, die Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft einsehen und auf ihrer Grundlage sich eine Bilanz anfertigen dürften. Wir wollen dahingestellt sein lassen, ob wirklich die Existenz eines Geschäftslokals die Voraussetzung für die angeführten Controlrechte bildet; jedenfalls ist aber die Ansicht, dass mit der Auflösung der Gesellschaft sofort das Geschäftslokal der Gesellschaft wegfällt, eine irrthümliche. Vielmehr ist auch dies eine Thatfrage, welche wohl meistens nicht gerade im Sinne

1. Entsch., Bd. VII, p. 71; vgl. weiter Renaud, p. 514; Behrend, p. 568.

der oben citirten Entscheidung beantwortet werden wird. Solange der zu theilende Vermögenscomplex noch vorhanden ist und bezüglich seiner eine Verwaltung und Geschäftsführung besteht, wird man auch die Existenz eines Geschäftslokals anzunehmen berechtigt sein; freilich ist es möglich, dass dies ein anderes und beschränkteres ist wie das Geschäftslokal vor der Auflösung. Es liegt aber gar kein Grund vor, an diesem Ort den Gesellschaftern, die an der Liquidation nicht theilnehmen, die Einsicht der Bücher, Papiere u. s. w. zu verwehren. Unserer Ansicht nach bleibt also Art. 105 auch während der Liquidation in Geltung[1].

§ 3.

Vertretung, Firma, Haftung.

Wir haben oben gesehen, dass, um zu einer möglichst günstigen Abwicklung der schwebenden Geschäfte und der erforderlichen Versilberung der vorhandenen Naturalien zu gelangen, die blosse Fortdauer einer Geschäftsführung nach dem Muster der bei bestehender Gesellschaft vorhandenen nicht genügt: auch die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft zu Dritten müssen fortwirken, es muss vor allem dasjenige, was Renaud die formelle Einheit der Gesellschafter nennt, fortbestehen. Dieses Rechtsverhältniss der Gesellschaft nach aussen tritt ganz besonders zum Vorschein in der Fortdauer einer Vertretung der Gesellschaft, womit wiederum im engen Zusammenhange steht die Fortdauer der Gesellschaftsfirma und der unbeschränkten, solidarischen Haftung der Gesellschafter für die von den Vertretern innerhalb ihrer Befugnisse abgeschlossenen Geschäfte.

---

1. Die Frage betreffend Existenz eines Geschäftsjahres während der Liquidation wird unten beantwortet werden.

I. Vertretung.

Vor der Gesellschaftsauflösung ist zur Vertretung der Gesellschaft wie zur Geschäftsführung principiell jeder einzelne Gesellschafter berechtigt, und es werden regelmässig diejenigen Personen mit der Vertretung betraut sein, welche auch die Geschäftsführung in Händen haben. Nichtsdestoweniger kann aber infolge Beschlusses der Gesellschafter eine Abweichung in dieser Beziehung eintreten, und es können andere socii mit der Vertretung als mit der Geschäftsführung beauftragt werden.

Dies ändert sich mit der Auflösung in zwiefacher Beziehung. Einmal sind von jetzt ab die Gesellschafter nicht mehr zu einer Einzel-, sondern nur noch zu einer Collektivvertretung berechtigt, und dann sind die Liquidatoren als solche ipso jure befugt zur Geschäftsführung und zur Vertretung.

1. Während der Liquidation kann, was die Personen der Berechtigten betrifft, ein Dissens zwischen Geschäftsführung und Vertretung nicht vorkommen. Beide Befugnisse sind für die Liquidatoren von wesentlicher Bedeutung. Anderer Ansicht ist Laband[1]. Derselbe schliesst aus Art. 135, wo das «Austreten des Liquidators» und das «Erlöschen seiner Vollmacht» einander entgegengesetzt ist, dass zum Begriff des Liquidators die Vertretungsvollmacht nicht wesentlich sei. Dem steht aber Art. 137 H.-G.-B. entgegen, welcher vollkommen klar und unzweifelhaft ausspricht, dass die Liquidatoren stets die Gesellschaft «gerichtlich und aussergerichtlich zu vertreten» haben. Hiermit lässt sich die, wie nicht zu leugnen, wenig geschickte und zu Zweifeln Anlass gebende Fassung des Art. 135 vereinigen. Ursprünglich d. h. nach dem Entwurf in erster Lesung stand an Stelle der jetzigen Worte: «das Austreten der Liquidatoren» sowie das «Erlöschen der Vollmacht eines solchen» die Wortfassung: «die Zurücknahme

1. Vgl. Goldschmidt's Zeitschrift, Bd. X, p. 219, Anm.

der Vollmacht der Liquidatoren.» Statt dessen wurde in zweiter Lesung[1] «das Erlöschen der Vollmacht» zu setzen beschlossen, damit alle möglichen Formen von Beendigung der Liquidationsbefugniss, so namentlich auch infolge Abschlusses der Liquidation getroffen würden. Daraus geht hervor, dass auch das Erlöschen der Vollmacht ein Aufhören der Liquidationsbefugniss zur Folge hat, und dass also ein Liquidator ohne Vollmacht nicht existiren kann. Allerdings wird man den Gesellschaftern nicht verwehren können, dass sie mit der Führung einzelner Geschäfte bestimmte socii betrauen, denen nicht das Recht der Vertretung zusteht. Allein diese Gesellschafter dürfen sich nicht als Liquidatoren geriren; andernfalls können die Gesellschafter zur Eintragung dieser Personen in das Handelsregister angehalten werden, und dann sind die Betreffenden nach Art. 137 auch zur Vertretung befugt. Es ist demnach der Fall eines Auseinanderfallens von Geschäftsführung und Vertretung während der Liquidation ein nur schwer construirbarer und vollkommen unpraktischer.

2. Der andere Unterschied zwischen dem Zustand vor und nach der Auflösung in Bezug auf die Vertretung besteht darin, dass, wie das Recht des einzelnen Gesellschafters zur Geschäftsführung, so auch das zur Vertretung in dem Gesammtrecht aller Gesellschafter aufgeht. Nach der Auflösung ruht die Vertretung in den Händen der sämmtlichen zusammenwirkenden Gesellschafter; Dritte können also gültig nur mit diesen contrahiren. Eine Vertretungsbefugniss des einzelnen Gesellschafters in Gesellschaftsangelegenheiten, wie sie vor der Auflösung bestand, kann nur so lange existiren, als die Gesellschafter zu einander volles Vertrauen haben; sie ist auf der andern Seite ein Erforderniss, solange der Gesellschaftsbetrieb noch in voller Blüthe steht und täglich neue Rechtsbeziehungen mit Dritten angeknüpft werden.

---

1. Vgl. Prot., p. 1013; Hahn, p. 459; Keyssner, p, 342, 394; Renaud, p. 559.

Fällt aber beides fort, und dies tritt ein im Moment der Auflösung, dann muss auch das Sonderrecht jedes einzelnen Gesellschafters sein Ende erreichen, und es muss regelmässig ein Collektivhandeln der sämmtlichen Gesellschafter an seine Stelle treten.

Ohne Zweifel steht es aber den Gesellschaftern frei, durch einstimmigen Beschluss einzelne Gesellschafter derartig mit der Vertretung zu betrauen, dass dieselben einzeln handeln dürfen. Dies wird häufig aus dem Grunde geschehen, weil eine Collektivvertretung leicht die Liquidation allzu sehr in die Länge zieht. In diesem Fall ist dann die Vertretung während der Liquidation derjenigen gleich, die vor der Auflösung besteht, und wir kommen auch hier auf die dort vielfach ventilirte Frage, wie dies Vertretungsrecht und seine Wirkungen dogmatisch zu begründen seien; vor allem, ob in der Vertretung eine Stellvertretung zu sehen ist, die auf einer wechselseitigen vom Handelsgesetzbuch präsumirten praepositio institoria beruht. Soviel scheint jetzt festzustehen, dass die Berechtigung einer einzelnen Person, im Namen und für Rechnung der Gesammtheit, welcher er selbst angehört, handeln zu dürfen u. z. derartig, dass jeder Theilhaber solidarisch verpflichtet wird, aus der Hausgemeinschaft, der Familiengenossenschaft des alten deutschen Rechts entsprungen ist[1], dass aber eine weitere Ausbildung dieses Instituts unter dem Einfluss des Handelsverkehrs mit Italien und der dort herrschenden Doktrin über die gegenseitige praepositio institoria der Gesellschafter stattgefunden hat. Ob diese Vertretung als eine wirkliche Stellvertretung im juristischen Sinn, oder wie Laband will, als eine Dispositions-

1. Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie und Rechtsprechung, p. 356 ff.; ferner Lastig in der Zeitschr. für Handelsrecht, Bd. XXIV, p. 436 ff. und in Endemann's Handbuch, Bd. I, p. 329 ff.; Behrend, p. 460: «Die ersten derartigen Geschäfte sind wahrscheinlich unter Brüdern vorgekommen, die in ungetheilter Wirthschaft lebend ein durch Erbgang auf sie gekommenes Handelsgeschäft für gemeinsame Rechnung fortführten.»

befugniss in Gesellschaftsangelegenheiten aufzufassen ist, scheint mir von Erheblichkeit nicht zu sein. Eine Stellvertretung d. h. eine Verfügung über fremdes Gut liegt hier zweifellos vor, da ja die Gesellschafter nicht nur ihren eigenen, sondern ganz besonders auch den Antheil ihrer socii am Gesellschaftsvermögen verpflichten. Dass der Gesellschafter hierbei auch zugleich über seinen eigenen Antheil disponirt, kann die Thatsache des Vorliegens einer Stellvertretung für die andern socii nicht aus der Welt schaffen.

Unsrer Ansicht nach liegt während der Liquidation beim Zusammenwirken der sämmtlichen Gesellschafter eine Disposition der Miteigenthümer über das im Miteigenthum befindliche Gesellschaftsvermögen vor; der Unterschied, der vor der Auflösung zwischen Eigenthums- und Dispositionsrecht bestanden hat[1], fällt mit der Auflösung weg. Wird aber jetzt die Vertretung wieder einzelnen übertragen, dann vertreten diese die Gesellschaft zufolge einer praepositio institoria. Dieselbe wird jedoch nicht präsumirt, sondern hervorgerufen durch einen ausdrücklichen einstimmigen Beschluss der Gesellschafter. Welche Wirkung diese praepositio institoria hat, wird unten Gegenstand der Untersuchung sein.

Diejenigen, welche die Anwendung einer praepositio institoria besonders aus dem Grunde bestreiten, weil die Vertreter der Gesellschaft nicht lediglich über fremdes, sondern auch über eigenes Vermögen disponiren, werden unserer Ansicht beitreten müssen für den Fall, dass ein Fremder als Liquidator bestellt ist. Denn dieser verfügt bloss über fremdes, nicht über eigenes Gut. Wenn wir sonach den fremden Liquidator als einfachen institor der Gesellschafter auffassen, so macht uns die Beantwortung der folgenden Controverse weiter keine Schwierigkeiten. Es ist nämlich streitig, ob, wenn fremde Personen die Liquidation führen und damit die Gesellschaftsvertretung in Händen haben, neben den Liquidatoren die sämmtlichen einigen Gesell-

1. Vgl. Laband in der Zeitschr. für Handelsrecht, Bd. XXXI, p. 57.

schafter zu handeln befugt sind, oder ob die Ernennung Fremder ein nebenhergehendes Handeln der Gesellschafter ausschliesst. Relevant wird diese Frage nur beim Vorhandensein fremder Liquidatoren, weil andernfalls ohne den Willen desjenigen Gesellschafters, der als Liquidator bei einem Geschäft nicht mitwirken soll, eine Einstimmigkeit der Gesellschafter nicht erzielt werden kann. Das R.-O.-H.-G. hat in wiederholten Entscheidungen[1] übereinstimmend die Ansicht aufgestellt, dass der Liquidator zwar in seinem innern Verhältniss als Bevollmächtigter, als Mandatar der Gesellschafter, nach aussen aber als ausschliesslicher Vertreter, als Organ und Repräsentant der aufgelösten Gesellschaft zu betrachten sei; infolge dessen sei selbst den einstimmigen Gesellschaftern ein unmittelbarer Eingriff in die Liquidation nicht zu gestatten[2]. Diese Ansicht leidet an mehrfachen inneren Widersprüchen. Einmal setzt der Begriff des Organs die Existenz einer Person voraus. Mag man nun den Besitz von Organen auf die juristischen Personen beschränken[3] oder behaupten, dass auch physische Personen Organe im Rechtssinne besässen, jedenfalls ist die Handelsgesellschaft weder eine physische noch auch nach unserer Ansicht eine juristische Person; sie entbehrt also gänzlich der Voraussetzung für die Existenz eines Organes. Weiter ist es zwar richtig, dass der fremde Liquidator Mandatar der Gesellschafter ist, doch kann er nicht zu gleicher Zeit ausschliesslicher Vertreter sein. Mandatar und ausschliesslicher Vertreter sind zwei Begriffe, die einander scharf entgegengesetzt sind und sich in derselben Person bezüglich desselben Rechtsverhältnisses nicht vereinigen lassen. Derjenige, welcher von einem ausschliesslichen Vertreter vertreten wird, ermangelt des freien, selbständigen Willens, während

1. Vgl. Bd. X, p. 357; XII, p. 216; XXIII, p. 329; Entsch. des R.-G., Bd. V, p. 10.

2. Damit stimmt überein Renaud, p. 553; Lastig in Endemann's Handbuch, Bd. I, p. 422.

3. Vgl. Gierke a. a. O., p. 614 ff.

der Mandant einen solchen besitzt und besitzen muss. Infolge dessen ersetzt der ausschliessliche Vertreter vollkommen eine dispositionsunfähige Person, er ist der alleinige zur Disposition Befugte, während neben dem Mandatar auch der dominus negotii Recht und Kraft zum Handeln hat.

Eine Dispositionsunfähigkeit der Gesellschafter, die Voraussetzung für die Existenz eines ausschliesslichen Vertreters, ist hier aber schon deshalb ausgeschlossen, weil die Gesellschafter im Stande sind, ihren Vertreter selbständig zu ernennen wie auch jederzeit abzuberufen; dies widerspricht dem Begriff der Dispositionsunfähigkeit ebenso sehr wie die Bestimmung des Art. 140, wonach die Gesellschafter, soweit sie nur einig sind, dem Liquidator wirksam Anordnungen zu ertheilen vermögen. Infolge letzterer Bestimmung würden die Gesellschafter den Zweck, welchen sie mit dem Eingreifen verfolgen, sicher auf diesem Umwege erreichen können; doch ist es immerhin nicht unmöglich, dass durch Nichtbefolgung der Anordnungen seitens der Liquidatoren Weiterungen entstehen, welche der Gesellschaft bedeutenden Schaden verursachen. Zweifel können noch bestehen bezüglich der Competenz der vom Richter ernannten Liquidatoren. Aber da in Betreff der Liquidatoren vom Gesetz kein Unterschied gemacht wird und auch der richterliche Liquidator den einstimmigen Anordnungen sowie einer eventuellen Abberufung durch die Gesellschafter unterworfen ist, so wird auch durch den Eintritt eines richterlichen Liquidators eine Dispositionsunfähigkeit der Gesellschafter nicht bewirkt.

Aus dem Gesagten geht hervor, dass die Gesellschafter, sobald sie nur einstimmig sind, als Mandanten jederzeit in die Geschäfte der Liquidatoren als ihrer Mandatare eingreifen und selbständig mit dritten Personen Geschäfte abschliessen können[1]. Ja sie sind dann nicht einmal an die den Liquidatoren gezogenen Grenzen gebunden, sie können handeln,

---

1. Vgl. Anschütz u. von Völderndorff, Bd. II, p. 298; Behrend, p. 571, A.; Puchelt, p. 260.

wie sie wollen, und auch neue Geschäfte abschliessen, die nicht im Zusammenhang mit den abzuwickelnden stehen, ohne dass irgend jemand hiergegen etwas einzuwenden berechtigt ist. Insofern kann man mit Recht behaupten[1], dass, wenn die sämmtlichen Gesellschafter Liquidationshandlungen vornehmen, die besonderen Bestimmungen über die Liquidation nicht zur Anwendung kommen. Ob nun ein solcher Beschluss der Gesellschafter, welcher sich nicht innerhalb der Grenzen der Liquidation hält, eine Beendigung der Liquidation und eine Fortsetzung der Gesellschaft im alten Massstabe involvirt, ist eine Thatfrage, die je nach den verschiedenen conkreten Umständen verschieden zu entscheiden sein wird.

Treffen Handlungen der Gesellschafter und der Liquidatoren zusammen, dann muss derselbe Grundsatz Platz greifen, der bei Collision der Handlungen eines Principals und Prokuristen gilt: es ist diejenige Handlung auch Dritten gegenüber rechtswirksam, die entscheiden würde, wenn beide Handlungen nach einander von derselben Person vorgenommen worden wären.

Die Vollmacht der Liquidatoren ist wie die der Gesellschaftsvertreter vor der Auflösung eine unbeschränkbare Generalvollmacht.

a. Innerhalb des ihnen zugewiesenen Geschäftskreises besitzen die Liquidatoren Generalvollmacht, d. h. sie bedürfen bei Vornahme der einzelnen Geschäfte zu ihrer Legitimation einer Spezialvollmacht nicht. Selbstverständlich ist der Geschäftskreis der Liquidatoren ein beschränkterer als derjenige der Gesellschaftsvertreter. Während letzterer alle Arten von Geschäften umfasst, welche der gewöhnliche Gesellschaftsbetrieb mit sich bringt, ist es Aufgabe der Liquidatoren, nicht das Geschäft als solches weiter zu betreiben, sondern möglichst rasch eine Auseinandersetzung herbeizuführen, auf Grund der im Moment der Auflösung erfolgten

1. Lastig, p. 422.

Fixirung der Geschäfte; wenn dennoch nach der Auflösung ein Fortbetrieb des Geschäfts vorhanden ist, so ist dies nicht mehr Haupt-, sondern Nebenzweck. Danach müssen unter die Geschäfte der Liquidatoren bloss solche fallen, welche der Abwicklung dienen. Eine Contrahirung neuer Geschäfte ist hierbei nicht absolut ausgeschlossen, vielmehr sind die Liquidatoren insoweit dazu berechtigt, als sie zur Beendigung schwebender dienen. Schliessen die Liquidatoren neue Geschäfte ab, bei denen das letztere nicht der Fall ist, dann erzeugen die neuen Geschäfte keinerlei Verpflichtungen für die Gesellschafter. Demnach hat die Beschränkung des Geschäftskreises der Gesellschaftsvertreter während der Liquidation auch eine Wirkung Dritten gegenüber[1] und bildet namentlich im Verkehr mit Ordre- und Inhaberpapieren häufig eine Erschwerung für die Abwicklung der Geschäfte. Denn Dritte, welche sich nicht mit Sicherheit davon überzeugen können, dass ein Geschäft gerade ein Abwicklungsgeschäft ist, werden schwerlich bezüglich eines solchen mit den Liquidatoren in Verbindung treten.

Fraglich ist, ob unter die neuen Geschäfte, deren Abschluss den Liquidatoren regelmässig nicht gestattet ist, auch der Erwerb von Rechten fällt, wobei namentlich in Betracht kommt der Erwerb von Rechten an Immobilien. Das H.-G.-B. schweigt hierüber; infolge dessen streitet Keyssner[2] den Liquidatoren eine derartige Befugniss ab, während Hahn[3] die Liquidatoren auch zum Erwerb von Rechten für ermächtigt hält. An und für sich steht dem nichts im Wege, dass der Liquidator auch Rechte u. z. Immobiliarrechte erwerbe. Wenn Keyssner glaubt, dass dies eo ipso ausgeschlossen sei, weil der Art. 111 für die Liquidation keine

1. Vgl. Hahn, p. 459; Keyssner, Bd. X, p. 350 ff.; Goldschmidt, Zeitschrift, Bd. XI, p. 493 ff.; Renaud, p. 565; Lastig, p. 418; Strey, Das deutsche Handelsgesellschaftsrecht, p. 55; Kowalzig, Commentar zum H.-G.-B., p. 153.

2. A. a. O., p. 360.

3. A. a. O., p. 461.

Gültigkeit mehr habe und die Thätigkeit der Liquidatoren sich bloss auf das Gebiet der Handelsgeschäfte beschränke, worunter der Erwerb von Immobilien nicht falle, so verweisen wir diesbezüglich auf die widerlegenden Ausführungen Hahn's. Unserer Ansicht nach sind hierbei 2 Fälle streng zu unterscheiden: Legt der Erwerb eines Rechtes, sei es eines dinglichen oder obligatorischen, der Gesellschaft zugleich eine Verbindlichkeit auf, dann ist dies ein neues Geschäft, dessen Wirksamkeit davon abhängig ist, ob es zur Abwicklung dient oder nicht[1]. Wenn dagegen die neu zu erwerbenden Rechte keine Verbindlichkeiten im Gefolge haben, wie z. B. Eintragung einer Hypothek in das Grundbuch, dann ist dies den Liquidatoren zu gestatten.[2] Denn offenbar bezieht sich die Clausel, wonach neue Geschäfte nur zur Beendigung schwebender eingegangen werden sollen, nur auf solche Geschäfte, die mit Verpflichtungen verbunden sind[2]. Schon aus dem Grunde muss dies angenommen werden, weil sogar jeder Dritte als negotiorum gestor für eine Gesellschaft Rechte zu erwerben im Stande ist; wie viel mehr also die Liquidatoren, denen es unter Umständen sogar zusteht, den Gesellschaftern neue Verpflichtungen aufzuerlegen! Praktisch dürfte diese Frage übrigens wohl selten werden, denn da nach unserer Ansicht die Liquidatoren keine ausschliesslichen Vertreter der Gesellschafter sind, so kann stets ein einstimmiger Beschluss der Gesellschafter an Stelle der Liquidatoren treten und dadurch der Zweifel über die

---

1. Von diesem Standpunkt aus ist folgender, von Keyssner angeführte Fall zu beurtheilen: Zu den Aktivis der in Liquidation befindlichen Gesellschaft gehört eine Hypothekenforderung; auf Andringen anderer Gläubiger ist das Grundstück zur Subhastation gestellt, behufs Rettung der eingetragenen Post betheiligt sich der Liquidator bei dem Ausgebot im Subhastationstermin, bleibt Meistbietender und verlangt den Zuschlag an die in Liquidation befindliche Handelsgesellschaft. Dies wird unbedingt für zulässig zu erklären sein.

2. Vgl. Urtheil des O.-A.-G. Dresden vom 3. Dezember 1863 in der Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. VIII, p. 596.

Zuständigkeit der Liquidatoren zum Abschluss des fraglichen Geschäfts erledigt werden.

b. Die Vollmacht der Liquidatoren ist wie die der Gesellschaftsvertreter unbeschränkbar[1, 2].

Mit Rücksicht auf diese Unbeschränkbarkeit sowie das zwischen den Gesellschaftern und Liquidatoren bestehende Rechtsverhältniss pflegt man die Liquidationsvollmacht der Prokura an die Seite zu stellen. Beide Vollmachten sind Generalvollmachten, sind gesetzlich normirt, unbeschränkbar und wesentlich[3]. In beiden Fällen hat der dominus, dort der Principal, hier die Gesammtheit der Gesellschafter das Recht, selbständig neben den Bevollmächtigten zu handeln. Ein Unterschied besteht aber darin, dass der Prokurist «zu allen Arten von gerichtlichen und aussergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen berechtigt ist, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt», während der Kreis der Liquidationsgeschäfte ein durch die Liquidation beschränkterer ist. Aus dieser Beschränkung ergibt sich, dass von den Liquidatoren Prokuristen nicht ernannt werden können[4], denn nemo plus juris transferre potest quam ipse habet. Wenn demnach die Gesellschafter durch einstimmigen Beschluss einem Dritten Namen und Befugnisse eines Prokuristen ertheilen, so kann darin eine Wiederaufnahme des im Untergang befindlichen Gesellschaftsbetriebes und damit ein stillschweigender Consens betreffend die Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft resp. Neugründung einer anderen

---

1. Vgl. Art. 138.

2. Wohl aber kann sie durch einstimmigen Beschluss der Gesellschafter ausgedehnt werden; z. B. kann es den Liquidatoren freigestellt werden, unter gewissen Umständen gewinnbringende Geschäfte zu entriren, welche nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit den abzuwickelnden stehen.

3. Die abweichende Ansicht Laband's s. oben p. 24.

4. Vgl. Keyssner, p. 345, 375 f.; Behrend, p. 567, A.; Renaud, p. 555; Kräwel in Busch, Archiv, Bd. IV, p. 65; Busch, Archiv, B. XXX, p. 312, Urtheil des R.-O.-H.-G. vom 6. Mai 1874.

liegen. Soll das nicht der Fall sein, beabsichtigen die Gesellschafter vielmehr bloss einen Bevollmächtigten für die Liquidation zu ernennen, dem sie nicht den Namen eines Liquidators, sondern eines Prokuristen geben, dann ist die Prokura als solche ungültig; trotzdem kann aber die Ernennung aufrecht erhalten und dem fälschlich als Prokurist Bezeichneten eine auf die Liquidation bezügliche beschränkte Handlungsvollmacht zuerkannt werden[1]. Wenn hier die Aufrechterhaltung der Vollmacht zweifellos in irgend einer Form den Intentionen der Gesellschafter entspricht, so muss das Gegentheil ebenso sicher bezüglich einer zur Zeit des Bestehens der Gesellschaft ertheilten Prokura gelten. Diese ist in dubio nur für die Zeit des Bestehens der Gesellschaft gegeben und muss mit der Auflösung erlöschen, da die Befugnisse eines Prokuristen neben denen eines Liquidators nicht bestehen können[2]. Auch als einfache Handlungsvollmacht kann sie nicht fortdauern; als solche wäre sie den Befugnissen der Liquidatoren gleichgestellt; diesen aber kann ohne besonderen Beschluss eine gleichberechtigte Persönlichkeit als mitwirkend bei der Auseinandersetzung nicht aufgedrungen werden.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Liquidatoren eine in gewisser Weise beschränktere, jedoch in keiner Beziehung weitergehende Vollmacht als die vor der Auflösung zur Vertretung der Gesellschaft berechtigten socii besitzen. Weder sind die Liquidatoren ausschliessliche Vertreter der Gesellschaft, noch auch, und darauf müssen wir jetzt noch kurz eingehen, vertreten die Liquidatoren die Gesellschafter in anderer Beziehung als in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter[3]. Gleich den Gesellschaftsvertretern steht auch den Liquidatoren eine Vertretung der Gesellschafter

---

1. Vgl. Entsch. des R.-O.-H.-G., Bd. XIII, p. 224; Renaud, p. 556; Centralorgan N. F., Bd. IX, p. 430.

2. Vgl. Keyssner, p. 330, 375.

3. Vgl. Behrend, p. 571.

als Privatpersonen nicht zu. Zwar ist selbstverständlich den Liquidatoren nicht nur die aussergerichtliche, sondern auch die gerichtliche Vertretung der Gesellschaft übertragen. Aber ihre ihnen als Privatpersonen zustehenden Rechte haben die Gesellschafter nach wie vor selbst geltend zu machen[1]. Prozesse in Streitigkeiten der einzelnen Gesellschafter unter einander, zu deren Austragung die actio pro socio gegeben ist, sind der Natur der Sache nach unter den Gesellschaftern selbst zu führen; die Aktiv- und Passivlegitimation der einzelnen socii in solchen Prozessen unterliegt nicht dem geringsten Bedenken; die Liquidatoren als solche sind zur Anstellung der actio pro socio in keinem Falle berufen. Ebensowenig aber wie zur Anstellung derartiger Klagen sind die Liquidatoren berechtigt, als Schiedsrichter bei solchen nach der Auflösung sich nicht selten ereignenden Streitigkeiten zu fungiren. Nach dem Art. 142 H.-G.-B. müssen die Gesellschafter ihre Ansprüche vor dem ordentlichen Richter verfolgen.

Die Existenz einer Vertretung der Gesellschaft während der Liquidation erfordert auch das Vorhandensein eines Gerichtsstandes während dieser Zeit. Als solcher Gerichtsstand muss entsprechend der sonstigen Fortdauer der Gesellschaft nach der Auflösung derjenige Gerichtsstand gelten, welchen die Gesellschaft zur Zeit ihrer Auflösung besass[2]. Massgebend für die Liquidation ist daher gemäss der Reichscivilprozessordnung[3] dasjenige Gericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft zur Zeit ihrer Auflösung ihren Sitz hatte, d. h. wo in jenem Momente die Verwaltung geführt wurde. Wird die Verwaltung während der Liquidation an einen andern Ort verlegt, dann bleibt der Gerichtsstand an demselben Orte bis zur völligen Auseinandersetzung. Es kann also die Gesellschaft nach der Auflösung einen neuen

1. Vgl. Entsch. des R.-O.-H.-G., Bd. V, p. 390 f.; Strey, p. 154.
2. Vgl. Art. 144 Abs. 2.
3. Vgl. § 19 R.-C.-P.-O.

Gerichtsstand, etwa nach dem Wohnort der Liquidatoren, nicht begründen.

Da mit der Auflösung der Gesellschaft ein Aufhören der Vertretungsbefugniss des einzelnen Gesellschafters eintritt, so muss ein durante societate anhängig gemachter Prozess nach § 219 C.-P.-O. unterbrochen werden[1], bis die neuen gesetzlichen Vertreter von ihrer Bestellung dem Gegner Anzeige machen, oder bis der Gegner seine Absicht, das Verfahren fortzusetzen, dem Vertreter anzeigt. Für die Fortsetzung des Prozesses nach der Auflösung ist es an und für sich ganz gleichgültig, ob eine Liquidation eintritt oder die Auseinandersetzung in anderer Weise erfolgt. Der Prozess richtet sich nach der Auflösung wie vorher gegen die sämmtlichen Gesellschafter als Partei, an deren Stelle im Fall der Liquidation die Liquidatoren treten. Der § 217 C.-P.-O., welcher vom Fortfall einer Prozesspartei handelt, kann hier nicht zur Anwendung gelangen, da wir eine von den Personen der Gesellschafter verschiedene juristische Persönlichkeit der Gesellschaft als solcher nicht anerkennen und daher unserer Ansicht nach mit der Gesellschaftsauflösung der Wegfall eines Prozesssubjektes nicht eintritt[2].

Wie bereits gesagt, betrachten wir als Partei im Gesellschaftsprozess die sämmtlichen Gesellschafter; folglich bilden weder vor der Auflösung die zur Vertretung berechtigten Gesellschafter die Partei, noch auch werden es nachher die Liquidatoren. Von der Ansicht ausgehend, dass die Liquidatoren die ausschliesslichen Vertreter der in Liquidation befindlichen Gesellschaft seien, während die nicht an der Liquidation theilnehmenden Gesellschafter mit der Auflösung dispositionsunfähig werden, fasst das R.-O.-H.-G.[3] die Liquidatoren als Prozesspartei auf. Hieraus wird dann weiter gefolgert, dass in einem mit der Gesellschaft geführten

1. Vgl. Behrend, p. 526 Anm.; Renaud, p. 382.
2. Vgl. Wach, Civilprozess, Bd. I, p. 530.
3. Vgl. Entsch., Bd. X, p. 357; Gierke, p. 602.

Prozesse die Gesellschafter als Nebenintervenienten nicht auftreten können[1]. Unserer Ansicht nach sind nun zwar die Liquidatoren im Gesellschaftsprozess nicht Partei, sondern nur Vertreter der Partei[2], aber dennoch ist die Einmischung eines der Gesellschafter als solchen in den Gesellschaftsprozess ungültig, wenn der betreffende Gesellschafter nicht zu den Liquidatoren gehört. Denn ein von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossener socius besitzt als einzelner keine Dispositionsbefugniss in Gesellschaftsangelegenheiten; eine derartige Dispositionsbefugniss ist aber für die Anstellung einer Nebenintervention erforderlich. Hat dagegen einer der Gesellschafter ein privates Interesse am Ausgang des Streites, hat er z. B. den Streitgegenstand der Gesellschaft abgetreten und muss für den Fall des Unterliegens der Gesellschaft für Eviction aufkommen, dann liegt, um mit Behrend[3] zu sprechen, kein Grund vor, den Gesellschaftern die Befugniss zu versagen, in einem Gesellschaftsprozess als Nebenintervenient aufzutreten.

Eine weitere Controverse prozessualer Natur ergibt sich bezüglich der Frage, wer während der Liquidation zu einer Eidesleistung für die Gesellschaft berechtigt und verpflichtet ist. Nach der vom R.-O.-H.-G.[4] consequent vertretenen Ansicht liegt Recht und Pflicht zur Eidesleistung den Liquidatoren und nur diesen ob. Schon für die Zeit vor der Gesellschaftsauflösung ist die genannte Frage nicht unbestritten. In Erwägung aber, dass die Eidesleistung eine prozessuale

1. Vgl. Busch, Archiv, Bd. XV, p. 115.

2. Dies äussert sich namentlich darin, dass die sämmtlichen Gesellschafter jederzeit selbst den Prozess übernehmen können.

3. Vgl. p. 573.

4. Vgl. Entsch., Bd. X, p. 356; XII, p. 217; XXI, p. 389 ff.; XXIII, p. 311; ferner Urtheil des R.-G. vom 11. Februar 1880 bei Seuffert, Archiv, Bd. XXXV, p. 334. Aehnlich: Seuffert, Archiv, Bd. XXXIII, p. 119; Puchelt, Commentar, p. 258; Löhr, Centralorgan, Bd. III, p. 65 f. Anderer Meinung: Renaud, p. 574 f.; Keyssner, Commentar zum H.-G.-B., p. 127; Strey, p. 155; Anschütz und von Völderndorff, p. 302.

Handlung ist, welche eine Stellvertretung nicht zulässt und daher nur von der Partei selbst, als welche hier die Gesammtheit der Gesellschafter zu betrachten ist, vorgenommen werden kann, dass aber die Eidesleistung zugleich ein Dispositionsakt in Gesellschaftsangelegenheiten ist[1], zu welchem die nicht zur Vertretung berechtigten Gesellschafter nicht befugt sind, geht die herrschende Meinung dahin, dass Eide, welche der Sozietätsfirma deferirt werden, den zu ihrer Vertretung befugten Gesellschaftern zuzuschieben und von ihnen auszuschwören sind. Mit der Auflösung fallen die durante societate geltenden Beschränkungen der Dispositionsbefugniss hin, so dass, wenn vor der gemäss § 219 C.-P.-O. eintretenden Unterbrechung des Prozessverfahrens der Eid noch nicht geleistet ist, nach der Wiederaufnahme des Verfahrens[2] die sämmtlichen Gemeinschafter zur Eidesleistung berechtigt und verpflichtet sind[3]. Wiederum aber tritt eine Beschränkung der Parteirechte ein, sobald einzelne der Gesellschafter auf die Mitwirkung bei der Liquidation verzichten und besondere Liquidatoren ernannt werden. Bezüglich der Eidesleistung sind hier nun zwei Fälle zu

1. Gierke ist (p. 600) der Ansicht, zwar die Zuschiebung eines Eides und die Erklärung über die Annahme desselben sei ein rechtsgeschäftlicher Dispositionsakt, in der Eidesleistung selbst hingegen als einer Erklärung des Wissens oder Nichtwissens liege eine Willenserklärung nicht; infolge dessen müsse die Eidesleistung selbst den sämmtlichen Gesellschaftern obliegen. Dagegen ist zu bemerken, dass sich in dieser Beziehung die Erklärung über die Annahme des Eides und die Eidesleistung selbst so streng nicht scheiden lassen. Auch nach erklärter Annahme des Eides kann eine Verweigerung der Eidesleistung eintreten, und zwar nicht nur dann, wenn der Schwurpflichtige nicht im Stande ist, den Inhalt des Eides zu beschwören, sondern auch dann, wenn er es nicht will! In letzterem Fall liegt in der verweigerten Eidesleistung zweifellos eine Willenserklärung und damit eine Disposition über das Gesellschaftsvermögen, zu welcher der von der Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter unter keinen Umständen zugelassen werden darf.

2. Ist bereits ein bedingtes Endurtheil ergangen, dann sind natürlich die darin bezeichneten Personen zur Eidesleistung verpflichtet.

3. A. M. Renaud, p. 382.

unterscheiden. Sind die Liquidatoren Gesellschafter, dann tritt dasselbe ein, was vor der Gesellschaftsauflösung die Regel bildet: es haben die zur Vertretung berufenen Gesellschafter d. h. die Liquidatoren die fraglichen Eide zu leisten[1]. Anders ist zu entscheiden, und hierin liegt der praktische Unterschied unserer Ansicht von der des R.-O.-H-G., wenn fremde Personen zu Liquidatoren ernannt sind. Diese stehen vollständig zu den Gesellschaftern wie Mandatare zu ihren Auftraggebern. Als Mandatare können sie aber unmöglich für die Gesellschaft eine Handlung vornehmen, die keine Stellvertretung zulässt; hier sind daher die sämmtlichen Gesellschafter zur Eidesleistung verpflichtet.

Nehmen einzelne der Gesellschafter den Eid an, während andre ihn zu schwören weigern, dann greift § 434 C.-P.-O. Platz, wonach es dem freien richterlichen Ermessen überlassen bleibt, ob die Behauptung, deren Beweis durch Eideszuschiebung angetreten ist, für wahr zu erachten sei oder nicht. Im ganzen bleiben also auch hier die während der Dauer der Gesellschaft bestehenden Grundsätze in Geltung, nur mit derjenigen Modifikation, welche der Eintritt einer fremden Person in die Liquidation erheischt.

II. Firma.

Bei ihrer Vertretung haben sich die Liquidatoren der als Liquidationsfirma zu bezeichnenden Gesellschaftsfirma[2] zu bedienen. Danach existirt auch während der Liquidation noch eine Firma. Fraglich kann es aber erscheinen, ob diese Liquidationsfirma die gleiche ist wie die Gesellschaftsfirma vor der Auflösung und demnach der Zusatz «i. L.» nur Folge einer Ordnungsvorschrift ist, oder ob die alte Firma erloschen und an ihre Stelle eine neue, die «Liquidationsfirma» getreten ist. Letztere Ansicht hat ihre Vertreter in

1. Uebereinstimmend u. a. Strey, p. 155.
2. Vgl. Art. 139.

Keyssner[1], Endemann[2], Brinkmann[3] u. a. m., während wir mit Renaud[4] der ersteren beistimmen.

Die Firma ist ein blosser Name, u. z. ein Name, unter dem ein Kaufmann seine Geschäfte betreibt. Die Gesellschaftsfirma ist ein Collektivname, eine Bezeichnung für diejenigen, welche in Gesammtheit ein Geschäft betreiben. Allerdings ist es nach modernem Handelsrecht nicht nöthig, dass die Namen der einzelnen Gesellschafter in der Firma ausdrücklich genannt werden; vielmehr stellt die Firma der Gesellschaft ein abgekürztes Zeichen dar für die im Handelsregister als Gesellschafter eingetragenen Personen. Aus dieser allgemeinen Definition der Gesellschaftsfirma ergibt sich, dass ein Erlöschen der Firma eintreten muss in dem Momente, wo der gemeinschaftliche Geschäftsbetrieb sein Ende erreicht, sei es dadurch, dass die einzelnen nachher abgeschlossenen Geschäfte aufhören, gemeinschaftliche zu sein, oder dass überhaupt ein weiterer Abschluss von Geschäften nicht stattfindet und infolge dessen der ganze Geschäftsbetrieb erlischt.

Von der Beendigung des Gemeinschaftsverhältnisses kann im Moment der Auflösung keine Rede sein; die sogenannte Auflösung hat, wie wir oben gesehen, höchstens eine Lockerung, keinesfalls schon eine vollständige Lösung des unter den Gesellschaftern bestehenden Bandes zur Folge[5]; alle Liquidations- oder Abwicklungsgeschäfte geschehen auf Rechnung der sämmtlichen Gesellschafter, ja unter Umständen ist es sogar möglich, dass unter der Firma noch neue Geschäfte abgeschlossen werden zum Nutzen oder

---

1. Erhaltung der offenen Handelsgesellschaft, p. 14; Deutsche Gerichtszeitung, Bd. V, p. 29 f.

2. Handelsrecht, p. 231.

3. Handelsrecht, p. 187; vgl. weiter noch Lastig, p. 415 f.

4. p. 522; vgl. auch Busch, Archiv, B. XXIV, p. 327 f.

5. Vgl. Bédarride, Sociétés, tom. II, p. 151 : La liquidation continue en quelque sort le lien social, que la dissolution a relâché, sans le rompre.

Schaden der Gesellschafter. Es ist dies eine nothwendige Folge unseres Liquidationsverfahrens, das nicht eine sofortige Naturaltheilung, sondern eine allmähliche Umsetzung der Naturalien in Geld zum Zwecke hat.

Ebenso wenig tritt aber mit der Auflösung eine Beendigung des Geschäftsbetriebes im ganzen ein[1]. Formell ist dies vom Handelsgesetzbuch schon dadurch anerkannt, dass der in Liquidation befindlichen Gesellschaft überhaupt der Gebrauch einer Firma gestattet ist, denn ohne Geschäftsbetrieb kann eine Firma nicht existiren. Auch ist der Geschäftsbetrieb während der Liquidation nicht etwa ein vollkommen anderer als der vor der Auflösung. Unter einem Handelsgeschäft verstehen wir mit Hahn[2] «den Inbegriff aller Rechtsverhältnisse, die mit dem Betrieb eines Handelsgewerbes in Beziehung stehen, die Aktiv- und Passivforderungen aus Handelsgeschäften, das Eigenthum an den vorhandenen Waaren als Objekten beabsichtigter Handelsgeschäfte und an den über frühere Handelsgeschäfte aufgenommenen Urkunden, den Handelsbüchern mit den dazu gehörigen Belegen; hierzu kann noch gerechnet werden Eigenthum und dingliches Recht an den Handlungs-, namentlich den Fabriklokalitäten oder die obligatorischen Rechte in Bezug auf dieselben.» Dieser gesammte Complex besteht auch nach der Auflösung zunächst noch fort; er ist es gerade, dessen Vorhandensein die Liquidation nöthig macht. Von einem plötzlichen Untergang des Geschäfts und dem damit verbundenen ipso jure erfolgenden Wegfall der Firma kann daher keine Rede sein; vielmehr kann die Firma auch ohne besonderen Beschluss der Gesellschafter fortdauern bis zum Ende der Liquidation; ihr Untergang tritt ein, wenn der letzte Theil des Gesellschaftsvermögens aufgehört hat, ein gemeinschaftlicher für die socii zu sein.

---

1. Vgl. hierüber unsere unten folgende Ausführung über die Frage der **Fortdauer eines Gewerbebetriebes während der Liquidation.**

2. p. 105.

Nicht nöthig ist, dass dieses letzte Stück versilbert ist; diese von österreichischen Gerichten[1] vertretene Ansicht beruht auf der oben als irrthümlich nachgewiesenen Theorie, dass die Liquidation Zwangsfolge der Gesellschaftsauflösung sei und nicht eher beendigt werden dürfe, als bis das letzte Stück des Gesellschaftsvermögens in Geld umgesetzt sei. Wird die Liquidation vor ihrer vollständigen Durchführung beendigt dadurch, dass das gesammte noch vorhandene Gesellschaftsvermögen von jemand übernommen wird, dann ist auch nach den im H.-G.-B. aufgestellten Regeln über Firmenübertragung[2] eine noch längere Fortdauer der Firma möglich. Wer aber einen Fortbestand des Geschäfts nach der Auflösung völlig leugnet, darf nicht gestatten, dass die Gesellschaftsfirma während der Liquidation weiter übertragen werde.

Eine derartige Uebertragung der Gesellschaftsfirma, welche, wie gesagt, stets mit einer Uebertragung des Geschäfts verbunden sein muss, hat, da sie über den Zweck der Liquidation hinausgeht[3], den Consens der sämmtlichen Gesellschafter zur Voraussetzung; ohne diesen Consens muss die Firma erlöschen. Es war früher eine vielfach ventilirte Controverse, wem nach Auflösung der Gesellschaft die Firma zuzueignen sei. Bald gab man demjenigen, der den in der Firma enthaltenen Hauptnamen führte, bald demjenigen, der von Anfang an Mitglied der Sozietät gewesen war, u. s. w. ein Vorrecht auf Weiterführung der Firma für sein Privatgeschäft[4]. Unser Handelsgesetzbuch schneidet derartige Streitfragen kurzer Hand durch die Bestimmung

---

1. Vgl. Busch, Archiv, Bd. X, p. 213.

2. Art. 22, 23.

3. Vgl. Renaud, p. 569; Keyssner, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. X, p. 345, Anm. 32; Behrend, p. 571, Anm. 2.

4. Vgl. Treitschke, Gewerbegesellschaft, p. 224; Becker und Muther, Jahrbuch des gem. Rechts, Bd. IV, p. 275-283; Preuss. Allgem. Landrecht, II, Tit. 8, §§ 679-681.

ab, dass ohne Uebergang des Geschäfts eine Uebertragung der Firma unzulässig ist.

Am klarsten tritt uns die Thatsache des Fortbestandes der Firma während der Liquidation vor Augen, wenn wir die Gesellschafts- mit der Einzelfirma vergleichen. Auch bei dem Einzelkaufmann kann ein der Liquidation analoger Zustand vorkommen. Es ereignet sich häufig, dass ein Kaufmann oder nach dem Tode eines Kaufmanns seine Erben das Geschäft aufzugeben beabsichtigen und zu diesem Zwecke alle zum Geschäft gehörigen Gegenstände versilbern, die Gläubiger bezahlen, die ausstehenden Forderungen einziehen u. s. w. Diese ganze Thätigkeit vollzieht sich unter der bisherigen Firma, und niemand wird behaupten, dass das Geschäft von dem Moment an, wo der Beschluss der Geschäftsaufgabe gefasst ist, aufgehört habe zu existiren. Die Firma bleibt hier vollkommen unverändert und bedarf nicht einmal des Zusatzes «i. L.»[1] Dieser Zusatz, der übrigens in dem preussischen Entwurf zum Handelsgesetzbuch gar nicht erwähnt wurde[2], ist lediglich eine Ordnungsvorschrift, die dadurch nöthig wird, dass die Gesellschafter in vielen Fällen sich nicht sämmtlich an der Liquidation betheiligen, sondern einzelnen Personen die Abwicklung überlassen. Wenn nämlich ein Einzelner sein Geschäft liquidirt oder die sämmtlichen Gesellschafter die Auseinandersetzung vornehmen, dann sind diese Liquidatoren im Stande, Geschäfte aller Art wirksam vorzunehmen, und für Dritte ist es, abgesehen davon, dass die Liquidatoren regelmässig zusammen handeln müssen, gleichgültig, ob sie mit einer noch nicht aufgelösten oder mit einer im Stadium der Liquidation befindlichen Gesellschaft contrahiren. Wenn aber einzelne socii oder fremde Personen zu Liquidatoren ernannt sind,

1. Vgl. Busch, Archiv, Bd. XXIV, p. 285: Urtheil des Bayer. Hand.-App.-Ger. vom 28. Mai 1869.

2. In ausländischen Gesetzen ist das Erforderniss der Bezeichnung der Firma als Liquidationsfirma keineswegs überall aufgestellt. Vgl. z. B. das portugiesische Handelsgesetzbuch.

dann ist die Dispositionsbefugniss der Liquidatoren in Gesellschaftsangelegenheiten auf die sogenannten Abwicklungsgeschäfte beschränkt, und neue Geschäfte dürfen nur im Nothfall abgeschlossen werden. Hierbei ist es für Dritte relevant, zu wissen, ob sie es mit einer Gesellschaft in Liquidation zu thun haben, da sie andernfalls unversehens zu Schaden kommen können. Darauf beruht die Bestimmung, dass sich die Liquidationsfirma äusserlich von der Gesellschaftsfirma unterscheiden soll[1]. Die Rechtsgültigkeit der von den Liquidatoren abgeschlossenen Geschäfte wird aber keineswegs davon berührt, ob dieselben unter der Liquidations- oder der unveränderten Gesellschaftsfirma abgeschlossen sind, und eine Klage ist für richtig angestellt zu erachten, wenn sie auch gegen die Firma ohne den Zusatz «i. L.» gerichtet ist[2].

Aus dem Satze, dass die Gesellschaftsfirma nicht schon mit der Auflösung, sondern erst mit der Beendigung der Liquidation erlischt, ergeben sich im einzelnen folgende Consequenzen.

a. Die Auflösung der Gesellschaft bewirkt keine Firmenänderung[3]. Es findet demnach Art. 25 H.-G.-B., der von der Anmeldung geänderter Firmen zur Eintragung in das Handelsregister spricht, auf die Liquidationsfirma keine Anwendung. Vielmehr tritt die Pflicht zur Anmeldung des Erlöschens der Gesellschaftsfirma erst mit dem Ende der Liquidation ein, und sehen wir dann häufig in den Publikationen der Handelsregister die Worte: «Die Liquidation ist beendigt und die Firma ist erloschen.» Vor Beendigung der Liquidation darf eine Löschung nicht erfolgen; ob die Liqui-

1. Wenn Keyssner (Deutsche Gerichtszeitung, Bd. V, p. 29) behauptet, schon rein äusserlich zeige der Zusatz «i. L.» das Ableben der Firma an, so stimmen wir damit insofern überein, als dadurch gesagt werden soll, dass die Firma im Absterben begriffen sei und dem Ableben entgegengehe, nicht aber darin, dass dieses Ableben bereits erfolgt sei.

2. Vgl. Busch, Archiv, Bd. XXIV, p. 327.

3. Vgl. Entsch. des R.-G., Bd. XIV, p. 105 f.

dation durch vollständige Auseinandersetzung oder sonstwie beendigt wird, ist dagegen vollkommen gleichgültig[1].

b. Da die Liquidationsfirma keine andere ist als die Gesellschaftsfirma, so ist es einer an demselben Ort sich bildenden offenen Handelsgesellschaft verboten, vor Beendigung der Liquidation die Firma der aufgelösten Gesellschaft anzunehmen. Handelt eine Gesellschaft dem entgegen, so sind die Liquidatoren berechtigt, vom Art. 27 H.-G.-B. Gebrauch zu machen. Von Bedeutung wird dies Recht namentlich dann, wenn sich noch im Lauf der Liquidation jemand findet, der das Geschäft mitsammt der Firma übernehmen will, oder wenn sich die Gesellschafter während der Liquidation auf Fortsetzung der Gesellschaft einigen. In diesem Falle sind die socii stets zur Fortführung ihrer alten Firma befugt, ja selbst wenn mittlerweile eine andere Gesellschaft sich der Firma bemächtigt haben sollte, oder wenn die Firma den Erfordernissen des Art. 17 H.-G.-B. nicht entspricht; dies ist z. B. dann möglich, wenn die Firma von einer früheren Gesellschaft auf die aufgelöste Gesellschaft übergegangen war, welche jetzt wieder fortgesetzt werden soll. In dieser Weise pflegt sich, wie selbst Keyssner[2] bis zu einem gewissen Grade zugibt, in der Regel die Praxis zu gestalten. Da aber Keyssner nach seiner Theorie dieser Verlauf der Praxis nicht ganz richtig zu sein scheint, die strikte Durchführung seiner Theorie aber in vielen Fällen zu unnöthigen Härten führen würde, so erklärt er es für einen Akt der Billigkeit, wenn man in der Praxis einer aufgelösten Gesellschaft bei ihrer Wiederfortsetzung die Beibehaltung ihrer alten, dem Art. 17 nicht entsprechenden Firma gestatte. Doch geht er nicht soweit, dass er auch dann die Gesellschafter zu einer Wiederaufnahme ihrer Firma ermächtigt, wenn inzwischen eine andere Gesellschaft dieselbe an-

---

1. Vgl. Busch, Archiv, Bd. X, p. 213; Löhr, Commentar, p. 62, Centralorgan, Bd. III, p. 189.

2. Vgl. Erhaltung der offenen Handelsgesellschaft, p. 14.

genommen hat. Nach unsern Ausführungen steht den Gesellschaftern kein blosser Anspruch der Billigkeit, sondern ein vollbegründeter Rechtsanspruch auf Gestattung der Fortführung ihrer Firma zu.

Nach Laband's neuesten Ausführungen[1] über die offene Handelsgesellschaft ist der rechtliche Inhalt der Gesellschaftsfirma in einer Beziehung etwas weitergehend als derjenige der Einzelfirma. Danach enthält die Gesellschaftsfirma ausser einem blossen Namen zugleich einen Ausdruck für die Art der Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden d. h. für die persönliche Solidarhaft der Gesellschafter. Fraglich kann sein, ob diese Seite der Firma auch nach der Auflösung noch fortbesteht, ob also die Haftung der Gesellschafter für die von den Liquidatoren unter der Gesellschafts- oder Liquidationsfirma abgeschlossenen Geschäfte die gleiche ist wie zur Zeit der Dauer der Gesellschaft, oder ob die Auflösung auf die Haftung einen Einfluss ausübt.

III. Haftung.

Es bedarf keiner grossen Auseinandersetzung, dass durch die Auflösung der Gesellschaft die erworbenen Rechte Dritter gegen die Gesellschaft nicht alterirt werden. Auch nach der Auflösung haften die Gesellschafter für alle Forderungen Dritter, die vor der Auflösung bereits gegen die Gesellschaft begründet waren, solidarisch[2]. Die Haftung der sämmtlichen einzelnen Gesellschafter muss selbst dann fortbestehen, wenn einer der Gesellschafter oder ein Dritter das Geschäft mit Aktivis und Passivis übernimmt; eine derartige auf den Uebergang des Geschäfts gerichtete Vereinbarung erzeugt eine Wirkung nur bezüglich der unter den Gesellschaftern bestehenden Rechtsverhältnisse; sie kann

---

1. Vgl. Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. XXX, p. 469-532; Bd. XXXI, p. 1-62; vgl. hier besonders Bd. XXX, p. 507.

2. Vgl. Treitschke, p. 231; Gierke, p. 554.

eventuell Regressansprüche begründen, niemals aber von den Gesellschaftern Dritten entgegengesetzt werden.

Wenn nun auch nach der Auflösung die Rechte Dritter gegen die Gesellschaft unverändert fortbestehen, so lässt sich doch nicht leugnen, dass ganz ohne Einfluss bezüglich dieser Rechte die Auflösung nicht bleibt. Vielmehr hat das H.-G.-B. in den Art. 146 ff. bestimmt, dass «die Klagen gegen einen Gesellschafter aus Ansprüchen gegen die Gesellschaft in 5 Jahren nach Auflösung der Gesellschaft verjähren, sofern nicht nach Beschaffenheit der Forderung eine kürzere Verjährungsfrist eintritt.» Wenn also 5 Jahre seit der Auflösung verflossen sind, dann erlischt die Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden vollständig, und sie verwandelt sich nicht etwa, wie es im Preuss. Allg. Landrecht vorgeschrieben war[1], in eine ratenweise Haftung der socii. Diese durch die rechtliche Natur der Gesellschaftsauflösung keineswegs gebotene Bestimmung hat wie jede Verjährung von Ansprüchen ihren Ursprung lediglich in Erwägungen praktischer Natur. Einmal sind die Verjährungsfristen des H.-G.-B. im allgemeinen viel kürzere als diejenigen des Civil- und besonders des römischen Rechts, und muss auch hier eine Frist von 5 Jahren schon für reichlich bemessen gelten; dann aber ist nach Auflösung der Gesellschaft und vollständiger Beseitigung der unter den Gesellschaftern bestehenden Vermögensgemeinschaft dem einzelnen Gesellschafter, der auf nachträgliche Bezahlung einer Sozietätsschuld belangt wird, die Regressnahme gegen seine einstmaligen socii ausserordentlich erschwert. Aus diesem für Einführung der Verjährung besonders ins Gewicht fallenden Grunde ergibt sich, dass die Verjährung nicht Platz greift, solange der Regress des einzelnen belangten Gesellschafters ohne besondere Schwierigkeiten stattfinden kann, solange also noch ein ungetheiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden[2] und

1. Vgl. Th. I, tit. 17, §§ 300, 307.
2. Art. 147 H.-G.-B.

die Liquidation noch nicht beendigt ist. Unter solchen Umständen ist es jedem Gläubiger gestattet, auch nach Ablauf der Verjährungsfrist seine Befriedigung aus dem Gesellschaftsfonds zu verlangen. Ob diese Bestimmung auf die juristische Natur des Gesellschaftsfonds einen Einfluss hat, werden wir weiter unten zu erörtern Veranlassung nehmen.

Soviel über die Haftung der socii für Geschäfte, welche bereits vor der Auflösung abgeschlossen waren. Was nun die während der Liquidation abgeschlossenen Geschäfte betrifft, so können alle Arten von Abwicklungsgeschäften Verpflichtungen für die Gesellschaft erzeugen: dazu können von den Liquidatoren neue Geschäfte entrirt werden, u. z., wie wir oben[1] gesehen haben, wenn sämmtliche Gesellschafter die Liquidation führen, unbeschränkt, andernfalls soweit die neuen Geschäfte zur Abwicklung alter dienen. Ueberschreiten die Liquidatoren beim Abschluss solcher Geschäfte ihre Vollmacht, dann bleiben die Gesellschafter als solche von dem Geschäfte vollkommen unberührt, nur die Liquidatoren allein werden den Dritten verhaftet. Handeln aber die Liquidatoren innerhalb ihrer Befugnisse, dann tritt auch eine Wirkung für die Gesellschafter ein. Dass diese Wirkung die gleiche ist[2] wie vor der Auflösung, also eine Gesammthaftung der Gesellschafter, ergibt sich mit vollkommener Bestimmtheit aus dem schon mehrfach citirten Art. 144 H.-G.-B. Nach diesem Artikel bleiben die sämmtlichen Bestimmungen über die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter unter einander und zu Dritten auch während der Liquidation in Geltung, soweit sie dem Wesen der Liquidation nicht widersprechen. Mit Bezug hierauf sagt aber in einem Erkenntniss das R.-O.-H.-G.[3]: «Nicht einmal die von allen Liquidatoren in Gemeinschaft abgegebene Erklä-

1. Vgl. oben p. 31; weiter Renaud, p. 563 f.; Keyssner, p. 360.

2. Vgl. Renaud, p. 561; Hahn, p. 474 f.; Kräwel, p. 65; Keyssner, p. 372; Lastig, p. 416, kommt zu demselben Resultat, aber auf dem Wege anderer Begründung.

3. Entsch., Bd. XXI, p. 46 ff. Dazu vgl. Behrend, p. 575.

rung kann eine Verpflichtung der einzelnen Theilhaber der aufgelösten Gesellschaft in gleicher Weise begründen, wie nach Art. 112 die Gesellschafter als singuli bezüglich der während des Bestehens der offenen Handelsgesellschaft rechtsgültig begründeten Gesellschaftsverbindlichkeiten verpflichtet werden. Art. 144 kommt hier nicht zur Anwendung, weil sich das Gegentheil aus dem Wesen der Liquidation und der daraus folgenden veränderten Vertretung und dem beschränkteren Zwecke der Liquidation ergibt.» Inwieweit aber die Solidarhaft der Gesellschafter dem Wesen der Liquidation widerspricht, oder warum sonst für die innerhalb des beschränkteren Geschäftskreises der Liquidatoren abgeschlossenen Geschäfte eine solidarische Haft der Gesellschafter ausgeschlossen ist, können wir hieraus nicht ersehen. Im Gegentheil sind wir der Ansicht, dass eine Solidarhaft den Interessen der Liquidation nicht nur nicht widerspricht, sondern sogar höchst förderlich ist. Ebenso wie vor der Auflösung so werden sich auch nachher die Gesellschaftsgeschäfte bedeutend rascher und günstiger abwickeln, wenn dritte Personen, die mit der in Liquidation befindlichen Gesellschaft in Verbindung treten, sich darauf verlassen können, dass die Gesellschafter für die von den Liquidatoren innerhalb ihrer Befugnisse eingegangenen Geschäfte solidarisch haften. Vor der Auflösung dient die Solidarhaft einer möglichsten Förderung des Gewerbebetriebes, nachher einer möglichsten Förderung der Auseinandersetzung. Beidem liegt zu Grunde das Gesellschaftsvermögen, und wenn ein Geschäft diesen Fonds überhaupt betrifft, so muss die Solidarhaft eintreten. Gesellschaftsvermögen und Solidarhaft sind unzertrennlich. Die solidarische Haft beginnt mit der Bildung eines Gesellschaftsfonds d. h. damit, dass Rechtsgeschäfte für die Gesellschaft abgeschlossen werden; sie endigt damit, dass das Gesellschaftsvermögen zu existiren aufhört. Da nun das Gesellschaftsvermögen sich immer mehr verringert, so wird naturgemäss auch der Kreis der Geschäfte, für welche eine solidarische Haft der Gesellschafter

entsteht, stets ein kleinerer werden; ja es ist, da die Gesellschafter über die Beseitigung des Gesellschaftsvermögens vollständig frei verfügen können, ganz in ihre Hand gegeben, der Neuentstehung von Solidarverbindlichkeiten ein Ziel zu setzen.

Wenn das R.-O.-H.-G. in dem oben angeführten Erkenntniss auch aus der veränderten Vertretung auf ein Aufhören der Solidarhaft schliessen will, so beruht dies auf einer irrthümlichen Auffassung bezüglich der durch die Auflösung hervorgerufenen Veränderung in der Vertretung. Der Eintritt der Liquidation hat zur Folge einmal einen Wechsel der zur Vertretung befugten Personen, dann eine Beschränkung des Umfanges ihrer Vollmacht; nirgends aber ist gesagt, dass auch eine Modifikation hinsichtlich der Wirkung der von ihnen innerhalb ihrer Vollmacht abgeschlossenen Geschäfte eintritt. Innerhalb ihrer Befugnisse verpflichten die Liquidatoren vielmehr die Gesellschafter gerade so wie vorher die zur Vertretung berufenen Gesellschafter, u. z. ist es irrelevant, ob die Geschäfte ausdrücklich im Namen der Gesellschaft entstanden sind, oder ob die Umstände ergeben, dass sie nach dem Willen der Contrahenten für die Gesellschaft abgeschlossen wurden.

Treten mehrere Personen als Rechtsnachfolger für einen verstorbenen Gesellschafter ein, dann bemisst sich ihre Haftung nach denselben Grundsätzen wie ihre Haftung für die während der Dauer der Gesellschaft begründeten Gesellschaftsschulden. Diese aber entscheidet sich stets nach dem betreffenden geltenden Erbrechte[1].

Bei solchen Gesellschaftsschulden, welche erst nach der Auflösung erzeugt werden, greift ebenfalls die fünfjährige Verjährung Platz. Dieselbe kann allerdings unmöglich mit dem Tage der Auflösung oder der Eintragung derselben beginnen, wie dies Art. 146 Abs. 1 fordert. Jedoch beginnt nach Art. 146 Abs. 3 die Verjährung einer Forderung,

1. Vgl. Treitschke, p. 215 ff.; Behrend, p. 575, Anm. 14.

welche erst nach der Auflösung fällig wird, mit dem Zeitpunkte der Fälligkeit; daher muss die Verjährung einer Forderung, welche Dritten erst im Stadium der Liquidation der Gesellschaft gegenüber geschaffen wird, erst beginnen im Momente der actio nata.

§ 4.

Gesellschaftsvermögen und Antheil des Gesellschafters.

I. Das Gesellschaftsvermögen.

Das Bestehen eines Gesellschaftsvermögens sowie die Unmöglichkeit, dasselbe im Momente der Auflösung der Gesellschaft plötzlich unter die einzelnen Gesellschafter aufgehen zu lassen, bildet die Grundlage des Liquidationsverfahrens. Es ist deshalb nothwendig, dass wir der juristischen Natur dieses Gesellschaftsvermögens etwas näher treten und festzustellen suchen, welchen Einfluss die Auflösung auf dasselbe ausübt.

Ueber die juristische Natur des Gesellschaftsvermögens zur Zeit des Bestehens der Gesellschaft gehen die Ansichten weit aus einander. Doch lassen sich dieselben im grossen und ganzen in 2 Hauptgruppen theilen. Auf der einen Seite gilt das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft für eine juristische Person; es ist ein von dem Vermögen und den Personen der einzelnen Gesellschafter vollkommen faktisch und rechtlich losgelöster Vermögenscomplex, ein besonderes Rechtssubjekt; die Antheile der Gesellschafter am Gesellschaftsfonds stellen sich lediglich als eine Forderung auf Herausgabe nach aufgelöster Sozietät dar. Auf der anderen Seite hingegen handelt es sich beim Gesellschaftsvermögen um ein unter den Gesellschaftern bestehendes Rechtsverhältniss, welches aber in sehr verschiedener Weise aufge-

fasst wird. So sagt Lastig[1], Eigenthum der Gesellschaft bedeute nur, dass die Objekte dieses Eigenthums für die Rechnung und Interessen der Gesellschaft hergegeben seien und somit auf Gefahr und Risiko derselben ständen, während das Eigenthum ganz und gar den Inferenten verbleibe. Andere wie Behrend[2], Gierke[3] suchen den Begriff des deutschrechtlichen Gesammteigenthums hier zu verwerthen, und Laband[4] endlich hat neuerdings die Ansicht aufgenommen und vertheidigt, dass die Gesellschafter bezüglich des Gesellschaftsfonds in einer wirklichen Rechts- und Sachgemeinschaft stehen, die sich als Miteigenthum, als communio im römischen Sinn qualifizirt.

Es ist erklärlich und lediglich consequent, wenn diejenigen, welche das Gesellschaftsvermögen oder kurz die Gesellschaft für eine juristische Person halten, auch eine Fortdauer der juristischen Persönlichkeit während der Liquidation annehmen. Auf diesem Standpunkte stehen voll und ganz die französischen Juristen, bei denen die Handelsgesellschaft als juristische Person fast durchgehends anerkannt ist. Nach französischer Anschauung besteht das être moral auch während der Liquidation fort[5]. Aehnlich äusserte sich kürzlich von deutscher Seite Eccius[6]: «Als juristische Person ist die offene Handelsgesellschaft prozessunfähig und handelt in der gesetzlichen Vertretung durch die Mitglieder oder Liquidatoren, die sie zu vertreten befugt sind.» Die Unhaltbarkeit aber der Ansicht, dass die offene Handelsge-

1. p. 335 ff., 351 ff.

2. p. 445.

3. Genossenschaften, Bd. II, p. 956 ff.; Genossenschaftstheorie und Rechtsprechung, p. 435 ff.

4. Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. XXX, p. 469-532; Bd. XXXI, p. 1-62.

5. Vgl. z. B. Alauzet, Comm. du Code de commerce, tom. I, p. 581 f.; Frémery, Études, p. 69; Troplong, Contr. de soc., tom. II, p. 473: La société dissoute se gouverne comme une communauté de copropriétaires; on prolonge la fiction de la personne civile.

6. Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. XXXII, p. 5.

sellschaft eine juristische Person sei, ist von Laband überzeugend nachgewiesen worden. Laband führt aus: Wo ein Träger der Rechte und Schulden vorhanden ist, ist die Construction einer besondern juristischen Person nicht nur überflüssig, sondern sogar widersinnig. Da nun bei der offenen Handelsgesellschaft die einzelnen Gesellschafter für alle Gesellschaftsschulden voll haften, so kann von einer juristischen Person hier nicht die Rede sein. Diese Haftung der Gesellschafter für die Schulden besteht aber, wie wir oben gesehen haben, nicht nur während der Dauer der Gesellschaft, sondern auch noch nach ihrer Auflösung; folgerichtig kann die offene Handelsgesellschaft auch mit der Auflösung nicht zu einer juristischen Person werden.

Nur eine Bestimmung des H.-G.-B. könnte hier eintretendenfalls zu Zweifeln Anlass geben, das ist der oben bereits erwähnte Artikel 147, wonach die fünfjährige Verjährung nicht eintritt, solange noch ungetheiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist und die Gläubiger ihre Befriedigung lediglich aus demselben verlangen. Man könnte sagen, hier existirten keine Träger der Schulden ausser dem noch vorhandenen Gesellschaftsvermögen, dasselbe sei also als juristische Person aufzufassen. Allerdings käme danach die juristische Person erst in demjenigen Moment zur Entstehung, wo fünf Jahre seit der Auflösung ohne Unterbrechung verflossen sind. Vorher besteht das Characteristicum der juristischen Person d. i. das Nichtvorhandensein von Trägern der Schulden, nicht. Diese schon auf den ersten Blick als bedenklich erscheinende Ansicht lässt sich leicht widerlegen. Denn wenn wir vor der Auflösung die Gesellschafter für die Miteigenthümer am Gesellschaftsfonds halten, dann müssen wir dieselben auch noch nach der Auflösung und sogar nach Ablauf der fraglichen fünf Jahre als die Träger der Aktiva und Passiva des Gesellschaftsvermögens betrachten. Freilich ist ihre Haftung für diese Schulden nicht mehr unbeschränkt wie vorher, sondern sie bezieht sich nur noch auf die bestimmten Theile ihres Vermögens, welche zum

Gesellschaftsfonds vereinigt sind. Der Gläubiger ist lediglich berechtigt, das zum Gesellschaftszweck abgesonderte, nach der Auflösung der Auseinandersetzung verfallene, nicht aber das gesammte Privatvermögen des Schuldners in Anspruch zu nehmen. Ebenso wie aber der Commanditist, der nur mit einer bestimmten Summe haftet, als Träger der Gesellschaftsaktiva und -passiva angesehen werden muss, so müssen auch nach Ablauf von 5 Jahren seit der Auflösung die socii als die Träger des noch vorhandenen Gesellschaftsvermögens gelten. Ob es allerdings nicht vielleicht zweckmässiger und der vom H.-G.-B. vertretenen Theorie über die Handelsgesellschaften entsprechender gewesen wäre, die unbeschränkte Haft der Gesellschafter solange fortdauern zu lassen, als sich überhaupt noch ungetheiltes Gesellschaftsvermögen vorfindet, ist eine Frage de lege ferenda, deren Lösung streitig sein kann. Jedenfalls aber hat die Bestimmung des Art. 147 auf die juristische Natur des Gesellschaftsfonds keinerlei Einfluss.

Nach der Lastig'schen Ansicht[1] verbleibt das Eigenthum an dem in den Gesellschaftsfonds Eingebrachten dem Inferenten, während seine Dispositionsbefugniss zu Gunsten des gemeinschaftlichen Zwecks beschränkt ist. Lässt sich diese Ansicht für die Zeit des Bestehens der Gesellschaft nur schwer vertheidigen, so erweist sie sich schon aus dem Grunde als hinfällig, weil beim Aufhören der Gemeinsamkeit des von den Gesellschaftern verfolgten Zweckes d. h. bei der Gesellschaftsauflösung das für die gemeinsamen Zwecke reservirte Eigenthum des Inferenten wieder frei werden und der betreffende Gesellschafter sein volles, unbeschränktes Eigenthum zurückerlangen müsste. Die Liquidation würde dadurch zum mindesten wesentlich vereinfacht, wenn nicht ganz überflüssig werden. Diese Consequenz der Lastig'schen Ansicht steht aber geradezu im Widerspruch mit den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs.

---

1. Vgl. oben, p. 52.

Uebrigens stellt Lastig[1] noch ein neues, erst während der Liquidation hervortretendes Argument gegen die Qualifikation des Gesellschaftsfonds als Miteigenthum auf, und hierauf wollen wir kurz eingehen. Er betont nämlich, dass bei der Versilberung des Fonds kein Vorkaufsrecht des Inferenten ex jure condominii an den von ihm inferirten Gegenständen bestehe. Diese Thatsache an sich lässt sich nicht bestreiten, nach Art. 143 hat der Inferent lediglich einen Anspruch auf den Werth, für welchen die eingebrachten Sachen von der Gesellschaft übernommen wurden. Indes kann ein solches Vorkaufsrecht, welches nach römischem Recht mit dem condominium gar nicht verbunden war, nicht als essentiale des Miteigenthums betrachtet werden, sondern würde eher zu der von Lastig vertretenen Ansicht über die juristische Natur des Gesellschaftsvermögens passen. Dass aber in der Praxis auch ohne besondere Gesetzesbestimmung die Wirkungen eines derartigen Vorzugsrechts sich äussern, gibt Lastig an anderer Stelle[2] selbst zu, indem er sagt: «Häufig kehrt die Einlage zu dem Inferenten in natura zurück.»

Wenden wir uns jetzt den Theorien zu, welche im Gesellschaftsvermögen ein Vermögen zur gesammten Hand oder ein Miteigenthum im römischen Sinne sehen, so fällt uns hier vor allem ein Punkt auf. Wir vermissen nämlich bei den Vertretern der Theorie vom Gesammteigenthum eine die charakteristischen Merkmale desselben prägnant zum Ausdruck bringende, in den wesentlichen Punkten übereinstimmende Begriffsbestimmung des Gesammteigenthums im Gegensatz zum Miteigenthum. Nachdem Laband[3] hierauf treffend aufmerksam gemacht hat, antwortet Gierke in seinem neuesten Werk: «Genossenschaftstheorie und Rechtsprechung»[4] dadurch, dass er eine noch weitere, umfassen-

1. p. 124.
2. p. 341.
3. Vgl. a. a. O., Bd. XXXI, p. 55 ff.
4. p. 353 f.

dere Definition der Rechtsgemeinschaft zur gesammten Hand aufstellt, unter welche er jetzt ohne Schwierigkeit die verschiedensten Rechtsverhältnisse subsumiren kann.

Früher galt für Gesammteigenthum im Gegensatz zum Miteigenthum ein Eigenthum mehrerer an derselben Sache ohne ideelle Quotentheile[1]; jetzt erklärt Gierke[2], was er allerdings, wenn auch etwas verklausulirt, früher[3] schon zugegeben hatte, dass «die Antheile der Theilhaber entweder überhaupt nicht als gesonderte Rechte an einem bestimmten Theil vorstellbar sein oder unter den Begriff von ideellen Quoten fallen können». Und während Stobbe[4], Behrend[5], Thöl[6] beim Gesellschaftsvermögen das Vorhandensein von Quoten leugnen und gerade deshalb dasselbe für ein Gesammteigenthum erklären, legt Gierke[7] hierauf gar keinen Werth und ist sogar der Ansicht, dass man beim Gesellschaftsvermögen von Quoten sprechen könne.

Weiter galt für ein Kriterium des Gesammteigenthums, dass bei ihm der einzelne selbständig über den gesammten Vermögenscomplex zu verfügen berechtigt sei[8], während das Miteigenthum ein Zusammenwirken aller Miteigenthümer erfordere; dagegen behauptet Gierke[9], dass die besondere Struktur der subjektiven Verbundenheit darüber entscheide, ob und in welchen Fällen nach aussen hin die collektive Personeneinheit nur durch die vereinigt handelnde Gesammtheit oder durch ihr Haupt oder einen einzelnen Mit-

1. Vgl. z. B. Windscheid, Pandekten, Bd. I, p. 534.
2. p. 345.
3. Deutsches Genossenschaftsrecht, Bd. II, p. 956.
4. Handbuch, Bd. II, p. 81 f.
5. p. 470; vgl. Hahn, Bd. I, p. 364.
6. Bd. I, p. 329. Thöl erklärt, die Quoten seien, wenn auch vorhanden, so doch vollkommen unpraktisch.
7. p. 498.
8. Vgl. hierüber Gierke, Genossenschaftsrecht, B. II, p. 948 ff.; Stobbe, Privatrecht, Bd. II, p. 73 ff.
9. p. 350.

träger oder irgend eine engere Personenmehrheit dargestellt wird.

Nach Gierke lassen sich überhaupt einzelne specifische Eigenthümlichkeiten des Gesammteigenthums nicht aufstellen, sondern das eigenthümliche Wesen desselben liegt in dem allgemeinen Gedanken der vermögensrechtlichen Wirksamkeit einer personenrechtlichen Gemeinschaft[1]. Der Gegensatz zum Miteigenthum besteht lediglich darin, dass bei diesem die Gedanken des Sachenrechts oder Obligationenrechts in voller Reinheit zum Ausdruck kommen, da jede etwa ausserdem bestehende Verbindung der Subjekte für die Gestaltung der sachen- oder obligationsrechtlichen Gemeinschaft juristisch unerheblich ist, während bei der gesammten Hand die sachenrechtlichen und obligationsrechtlichen Verhältnisse einen aus der Verbindung der Subjekte stammenden Zusatz empfangen und deshalb von eigenthümlichen Normen beherrscht werden, welche das Sachen- oder Obligationenrecht mit Gedanken des Personenrechts durchdringen. Hieraus erhellt, dass Gierke den Begriff des römischen Miteigenthums bedeutend beschränkter auffasst als Laband. Während letzterer[2] ausdrücklich erklärt, dass das römische Recht zwar theoretisch die vom condominium pro indiviso geltenden Rechtsregeln unter der Annahme entwickle, dass unter den Miteigenthümern keine andere Rechtsbeziehung als eben das condominium bestehe, dass man aber hieraus nicht den Schluss ziehen dürfe, dass eine derartige Isolirung des Miteigenthums für den Begriff desselben wesentlich sei, will Gierke ein Miteigenthum im römischen Sinn nur da zugeben, wo sonstige Rechtsbeziehungen unter den Miteigenthümern nicht bestehen. Es handelt sich also schliesslich bei dem Streit über die juristische Natur des Gesellschaftsvermögens um einen Streit über den Begriff des Miteigenthums. Uns will es bedünken, dass, solange man den Begriff

1. Vgl. p. 353.
2. Bd. XXXI, p. 56.

des Miteigenthums, wenn auch, wie es das Gesellschaftsvermögen zweifellos erfordert, mit einzelnen bestimmten Modifikationen anwenden kann, die Schaffung eines neuen Begriffs «Gesammteigenthum», welcher durchaus nicht Ausdruck eines bestimmten Rechtsverhältnisses ist, sondern viele Rechtsverhältnisse in sich aufnimmt, die nur darin übereinstimmen, dass sie und zwar aus den verschiedensten Gründen als Miteigenthum nicht aufgefasst werden können, überflüssig ist.

Der Gegensatz, der bei den Anhängern der Theorie von der gesammten Hand in Betreff der grundlegenden Begriffe existirt, kommt naturgemäss auch zum Ausdruck bei der Betrachtung der Handelsgesellschaft im Stadium der Liquidation. Mit der Auflösung fallen nämlich gewisse Eigenthümlichkeiten, die das Gesellschaftsvermögen vorher charakterisiren, fort. So stimmt vor allem die Dispositionsbefugniss über das Gesellschaftsvermögen von der Auflösung ab mit den Bestimmungen des römischen Rechts vollkommen überein: Regelmässig sind zur Disposition in Gesellschaftsangelegenheiten nur die sämmtlichen zusammenwirkenden Gesellschafter berechtigt. Und weiter tritt nach einer verbreiteten[1], wenn auch, wie wir unten[2] nachweisen werden, irrigen Anschauung die Quotennatur der Antheile der Gesellschafter mehr zum Vorschein. Infolge dessen erklären die Vertheidiger des Gesammteigenthums sich für die Zeit der Liquidation entweder gar nicht über die juristische Natur des Gesellschaftsvermögens, oder sie stimmen unserer Ansicht bei[3] und erkennen während der Liquidation ein Miteigen-

---

1. Vgl. Gierke, p. 504.

2. Vgl. p. 79 f.

3. Vgl. Behrend, p. 564, A. 7: «Es tritt nicht nothwendig (also doch regelmässig!) eine communio ein.» Stobbe, Deutsches Privatrecht, Bd. II, p. 74: Erst bei Auflösung des Vereins verwandelt sich das bisher nach Analogie der gesammten Hand aufzufassende Gemeinschaftsverhältniss in einfaches Miteigenthum. Aehnlich Hahn, p. 450; Renaud, p. 519 f.; Entsch. des R.-O.-H.-G., B. XXIV, p. 144 ff.

thum der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen an. Letztere sind natürlich zu dem Ausspruch berechtigt, dass ein Gesellschaftsvermögen im eigentlichen Sinn nach der Auflösung nicht mehr existire, sondern dass eine blosse communio incidens an seine Stelle getreten sei[1].

Anders wieder Gierke. Derselbe erklärt[2]: «Die handelsgesellschaftliche Verbundenheit erlischt nicht ohne Rückstand. Sie wirkt vielmehr in einer fortdauernden Verbundenheit nach, welche zwar nur in Ansehung der von den ehemaligen Gesellschaftern erzeugten Vermögensgemeinschaft und nur zum Zweck der Erledigung derselben besteht, jedoch in diesem Bereich den Charakter der gesammten Hand beibehält[3].» Von seinem Standpunkt aus fällt es Gierke nicht schwer, diese Ansicht zu rechtfertigen. Denn auch nach der Auflösung besteht noch eine gewisse Verbundenheit der Personen neben der Vermögensgemeinschaft, welche, wie wir bereits zu sehen Gelegenheit hatten, auch noch einen gewissen Einfluss auf das unter den Gesellschaftern bestehende Rechtsverhältniss ausübt; dies genügt ja, um das Vorhandensein einer Rechtsgemeinschaft zur gesammten Hand nachzuweisen.

Jedoch steht Gierke hier in offenem Widerspruch mit den Ansichten der Nürnberger Commission, welche ihrerseits mit der unsrigen vollkommen übereinstimmen. Aus den Protokollen[4] der genannten Versammlung geht nämlich zweifellos hervor, dass nach ihrer Meinung während der Liquidation bezüglich des Gesellschaftsvermögens eine com-

---

1. Vgl. Renaud, p. 521: Wie demnach mit der Beendigung der Gesellschaft kein Gesellschaftsvermögen mehr, sondern eine Gemeinschaft vorhanden ist, um deren Aufhebung es sich handelt, so bildet diese Vermögensmasse noch eine Zeitlang ein Sondervermögen, das der willkürlichen Disposition der Theilhaber entzogen ist.

2. Vgl. p. 488.

3. Vgl. p. 517: Mit der Auflösung tritt keineswegs ohne weiteres Miteigenthum zu ideellen Theilen ein.

4. p. 1051.

munio existirt, und dass von diesem Standpunkt aus verschiedene Bestimmungen in das Gesetz aufgenommen wurden: «Es wird die Frage auf den Boden des Civilrechts gestellt, wonach alle Gesellschafter als Miteigenthümer in Gesammtheit zu handeln und sich auseinanderzusetzen haben.»

Wenn wir, wie bereits gesagt, schon zur Zeit des Bestehens der Gesellschaft ein Miteigenthum der Gesellschafter am Gesellschaftsfonds annehmen, so bleibt uns naturgemäss nichts anderes übrig, als auch für die Liquidation die gleiche Ansicht zu vertreten. Denn gerade in Bezug auf die unter den Gesellschaftern bestehende Vermögensgemeinschaft tritt mit dem Momente der Auflösung irgend welche Aenderung nicht ein. Jedoch wird der Gesellschaftsfonds durch diese Bezeichnung als Miteigenthum der sämmtlichen Gesellschafter noch nicht zur Genüge charakterisirt. Es muss noch hinzugefügt werden, dass er von Beginn der Gesellschaft ab für die Zwecke des Gewerbebetriebes aus dem Privatvermögen der Gesellschafter vollkommen abgesondert ist und infolge dessen noch mancherlei Bestimmungen unterliegt, die an sich mit dem Begriff des Miteigenthums nicht unvereinbar sind, aber nicht nothwendig mit ihm verbunden zu sein brauchen. In dieser Beziehung stehen an erster Stelle die Art. 98, 119—122 H.-G.-B., durch welche die Befugniss des Gesellschafters, über Gesellschaftssachen irgendwie und sei es auch nur über seinen ideellen Antheil im eignen Interesse zu verfügen, vollständig ausgeschlossen wird. Diese Absonderung des Gesellschaftsfonds dauert auch nach der Auflösung noch fort, zwar nicht im Interesse der Förderung des Gewerbebetriebes, sondern zur Herbeiführung einer den Gesellschaftern möglichst günstigen Auseinandersetzung. Die Folge ist, dass auch die genannten Beschränkungen in Kraft bleiben[1]. Dieselben ergreifen die sämmtlichen zum Gesellschaftsfonds gehörigen Stücke, mögen dieselben vor

1. Vgl. Keyssner, p. 375; Hahn, p. 474; Renaud, p. 533; Krawel, p. 67.

oder nach der Auflösung dem Fonds zugeführt sein. In der Regel wird allerdings das Gesellschaftsvermögen durch die einzelnen Vertheilungen nur noch abnehmen und nicht mehr wachsen. Doch ist auch das letztere nicht unmöglich, da ja die Liquidatoren einzelne Erwerbungen, die Gesellschafter nachträgliche Einlagen u. s. w. machen können. Jeder solche während der Liquidation erfolgende Zuwachs des Gesellschaftsfonds muss wie die andern Bestandtheile desselben behandelt, in Geld umgesetzt, zur Zahlung der Schulden verwandt oder vertheilt werden.

Die wesentlichsten Beschränkungen, welche die private Dispositionsbefugniss der Gesellschafter über Gesellschaftssachen auch während der Liquidation erleidet, sind folgende:

1. Kein Gesellschafter ist berechtigt, ohne Zustimmung der anderen während der Liquidation die zum Gesellschaftsfonds gehörigen Gegenstände ganz oder nach seinem ideellen Antheil zu benutzen[1]; lediglich die Liquidatoren sind zu Verfügungen berechtigt. Eine einseitige Ingebrauchnahme von Gesellschaftssachen durch einen Gesellschafter würde die Absonderung vollständig illusorisch und eine gemeinsame Auseinandersetzung unmöglich machen. Fordern darf der einzelne Gesellschafter von den andern bloss die Herausgabe dessen, was ihm nach der letzten aufgestellten Bilanz[2] an Zinsen und Gewinn zukam, was ihm bei den einzelnen vorläufigen Vertheilungen zuerkannt wurde, und was ihm überhaupt bei Beendigung der Liquidation zuzusprechen ist; dies letztere aber nur, wenn die Liquidation beendigt ist. Nicht vorhanden ist ein Anspruch der Gesellschafter auf Herausgabe einzelner Sachen oder auf Einleitung einer Naturaltheilung, wenn es selbstverständlich auch den sämmtlichen Gesellschaftern freisteht, durch Einstimmigkeit eine Naturaltheilung anzuordnen; es ist also die actio communi

1. Vergl. Busch, Archiv, Bd. III, p. 117.
2. Vgl. unten, p. 74 ff.

dividundo solange nicht statthaft, bis die zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenstände versilbert und die Gesellschaftsschulden bezahlt sind. Ist das aber geschehen und auch nur ein Theil der Objekte in Geld umgesetzt, dann hat der einzelne Gesellschafter das Recht, die Vertheilung der entbehrlichen Gelder zu verlangen[1, 2].

2. Mehr Rechte als dem einzelnen Gesellschafter kann das Gesetz unmöglich seinen Gläubigern gewähren; auch diese dürfen bloss dasjenige angreifen, was ihr Schuldner von seinen Genossen zu fordern berechtigt ist. Hat ein Gläubiger auf Grund des Art. 126 H.-G.-B. die Auflösung der Gesellschaft verlangt und durchgesetzt, dann steht ihm damit noch keineswegs das Recht zu, einen Theil des Gesellschaftsvermögens zu seiner persönlichen Befriedigung und Sicherstellung in Anspruch zu nehmen. Vielmehr muss er sich mit demjenigen begnügen, was seinem Schuldner ohne jede Beschränkung zur freien Disposition überwiesen wird; im übrigen muss er das Ergebniss der Auseinandersetzung abwarten und kann sich bezüglich seines Rechtes nur dadurch sichern, dass er sich in den Anspruch seines Schuldners gerichtlich einweisen lässt und ihn selbständig geltend macht[3].

Wie Art. 119 H.-G.-B., so bleibt auch Art. 120 für die Liquidation in Geltung. Danach erstreckt sich eine Hypothek oder ein Pfandrecht, welches Gläubiger an dem Vermögen eines Gesellschafters ganz oder zum Theil während der Liquidation erwerben, nicht auf die zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Sachen, Forderungen und Rechte. Auch in dieser Beziehung werden die Theile des Gesellschaftsvermögens erst frei mit dem Moment der Ueberweisung an den einzelnen Gesellschafter resp. mit dem Ende der Liquidation.

---

1. Vgl. Art. 141.

2. Uebereinst. Hahn zu Art. 141; Renaud, p. 583; Entscheid. des R.-O.-H.-G., Bd. III, p. 336; Seuffert, Archiv, Bd. XXIII, no. 158. Anderer Meinung Keyssner, p. 380.

3. Vgl. Renaud, p. 534.

3. Da der Gesellschaftsfonds nicht nur aus körperlichen Sachen besteht, sondern auch Forderungen ihm angehören und der Absonderung unterliegen, so ist es dem einzelnen Gesellschafter auch während der Liquidation, d. h. solange die Absonderung dauert, nicht gestattet, über solche Gesellschaftsforderungen oder ideelle Theile derselben in seinem Privatinteresse zu verfügen. Insbesondere darf der socius die Gesellschaftsforderung bezw. einen Theil derselben nicht gegen eine Privatschuld zur Compensation stellen. Ist die Unzulässigkeit einer solchen Aufrechnung im Stadium der Liquidation schon die logische Folge des Fortbestandes der Absonderung, so finden wir auch eine formelle Bestätigung unserer Ansicht im Art. 121 H.-G.-B. Der Schlusssatz dieses Artikels lautet nämlich: »Nach Auflösung der Gesellschaft ist die Compensation zulässig, wenn und insoweit die Gesellschaftsforderung dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung überwiesen ist.« Hiermit soll keineswegs gesagt sein, was an sich ja denkbar wäre[1], dass die Ueberweisung einer Forderung an einen Gesellschafter zur Zeit des Bestehens der Gesellschaft keine rechtliche Wirkung hat; es ist selbstverständlich, dass in jedem Momente ein Gesellschafter mit einer Gesellschaftsforderung, die ihm zur unbeschränkten Disposition überwiesen ist, gegen eine Privatschuld aufrechnen kann. Von diesem Standpunkte aus erscheint der citirte Satz überflüssig. Seine Bedeutung liegt aber darin, dass er festsetzt, auch nach der Auflösung solle die Compensation einer Gesellschaftsforderung gegen eine Privatschuld nur dann stattfinden können, wenn dieselbe dem einzelnen Gesellschafter überwiesen d. h. wenn die Auseinandersetzung ganz oder theilweise erfolgt ist.

Die Consequenzen, die sich aus der Unzulässigkeit dieser Compensation ergeben, sind nach der Auflösung ganz die gleichen wie für die Zeit vorher; hier wie dort begegnen

---

1. Vgl. Bernburg, Geschichte und Theorie der Compensation, p. 446; Hahn, p. 384.

wir denselben Controversen[1]; ihrer Lösung legt Laband in seinen treffenden Ausführungen[2] den Satz zu Grunde: Eine Forderung, die jemand als Gesellschafter hat, und eine gleichartige Schuld, welche er gegen die gleiche Person als Nichtgesellschafter hat, sind an und für sich vollkommen compensabel. Um aber die gesellschaftliche Forderung zur Compensation zu verwenden, ist die Dispositionsbefugniss über den gesellschaftlichen Handlungsfonds erforderlich, da die Aufrechnung mit einer Forderung der Gesellschaft eine Disposition über den Gesellschaftsfonds ist. Auf die Liquidation angewandt, heisst dies: Den Liquidatoren ist Dritten gegenüber gestattet, mit Gesellschaftsforderungen gegen ihre Privatschulden zu compensiren, soweit sie die Dispositionsbefugniss über das Gesellschaftsvermögen besitzen. Da nun aber regelmässig die Liquidatoren zu Verfügungen über den Gesellschaftsfonds nicht einzeln, sondern nur in Gemeinschaft berechtigt sind, so ist der einzelne Gesellschafter meist nicht im Stande, eine Gesellschaftsforderung zur Compensation zu stellen.

a. Ein Gesellschafter, sei er Liquidator oder nicht, der von einem Privatgläubiger belangt wird, darf nur dann mit einer Gesellschaftsforderung compensiren, wenn die sämmtlichen Liquidatoren ihre Zustimmung zur Compensation ertheilen. Das gleiche gilt, wenn ein einzelner Gesellschafter oder Liquidator aus seiner Solidarhaft belangt wird. Endlich darf ein Gesellschaftsschuldner, der von den Liquidatoren wegen einer Gesellschaftsforderung belangt wird, nur dann mit der Privatforderung, die er gegen einen der Gesellschafter hat, compensiren, wenn die Liquidatoren damit einverstanden sind.

b. Dagegen ist ein einzelner Gesellschafter, der eine Privatforderung gegen einen Gesellschaftsgläubiger gelten

---

1. Vgl. Hahn, p. 382 ff.; Renaud, p. 436 ff.; Dernburg a. a. O., p. 378 ff.

2. Vergl. Bd. XXXI, p. 14 ff.

macht, selbst wenn er nicht zu den Liquidatoren gehört, nicht berechtigt, dem Belangten die Compensation mit einer Gesellschaftsschuld zu verwehren. Dies ist eine Folge der auch nach der Auflösung noch fortdauernden Solidarhaft; kraft derselben kann der Gesellschaftsgläubiger seine Forderung gegen jeden einzelnen Gesellschafter geltend machen. Doch behält der Gesellschaftsgläubiger dieses Recht nur fünf Jahre von der Auflösung ab. Dann erlischt die Solidarhaft. Ist aber noch ungetheiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden, so kann der Gesellschaftsgläubiger gegen eine Privatforderung aufrechnen bis zum Belauf des noch vorhandenen Gesellschaftsvermögens; denn bis zu dieser Höhe darf der Gesellschaftsgläubiger den Gesellschafter auch nach Verlauf von 5 Jahren belangen.

c. Selbstverständlich kann ein einzelner socius eine Gesellschaftsschuld mit seiner Privatforderung compensiren. Dagegen ist er nicht befugt, zugunsten der Gesellschaft beliebig mit Privatforderungen seiner socii aufzurechnen. Nach gemeinem Recht darf allerdings der aus einer Sozietätsschuld belangte Gesellschafter mit den als Privatforderungen zu betrachtenden Gegenforderungen seiner correi socii compensiren, soweit er gegen letztere regressberechtigt ist. Bei uns aber existirt eine Absonderung des Gesellschaftsfonds, und diese hat eine doppelte Wirkung: Einmal ist, wie wir gesehen, der Gesellschaftsfonds lediglich zur Befriedigung der Gesellschaftszwecke bestimmt, dann aber soll auch zur Befriedigung der Gesellschaftszwecke in erster Linie der Gesellschaftsfonds dienen. Daher ist der einzelne Gesellschafter niemals berechtigt, das Privatvermögen seiner socii für die Gesellschaftsschulden direkt in Anspruch zu nehmen. Ein Gläubiger, der zugleich Gesellschafter ist, kann nur verlangen, dass seine Forderung aus der Gesellschaftskasse bezahlt werde[1]; soweit dies nicht möglich ist, muss sie auf seinem Conto gutgeschrieben, und der

1. Vgl. Art. 93.

Betrag des sich hieraus bei der nächsten Bilanzziehung etwa ergebenden Verlustes sämmtlichen Gesellschaftern zu einem bezüglichen Theil zur Last gelegt werden. Würde man dem Gesellschafter wegen der Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger ein unmittelbares Regressrecht gegen seine socii gewähren, dann würde dadurch faktisch eine Erhöhung der von den Gesellschaftern versprochenen und demgemäss zu leistenden Einlage erzwungen werden, was gegen die Bestimmungen des H.-G.-B. verstösst[1].

Eine derartige Verschärfung der Einlagepflicht tritt auch nach der Auflösung nicht ein. Von der Nürnberger Commission ist ein darauf hinauszielender Art. 132 des Preuss. Entwurfs, wonach bei nicht ausreichendem Kassenbestand die Liquidatoren Zuschüsse zur Deckung der fälligen Schulden von den einzelnen Gesellschaftern nach Verhältniss ihrer Antheile am Verlust einfordern durften, bereits in 1. Lesung[2] abgelehnt und nicht wieder aufgenommen. Irrthümlich ist eine Ansicht des R.-O.-H.-G.[3], wonach nur durante societate d. h. bis zum Moment der Auflösung die Einschränkung des Art. 92 Geltung habe, dass dieselbe der Natur der Sache nach fortfalle, sobald die Gesellschaft aufgelöst werde. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ergibt sich daraus, dass der Grund, auf dem die Art. 92 und 93 beruhen, auch nach der Auflösung noch so lange besteht, als überhaupt ein abgesonderter Gesellschaftsfonds existirt. Reicht der Gesellschaftsfonds zur Bezahlung der sämmtlichen Gesellschaftsschulden nicht aus, dann muss der Concurs eröffnet werden, und im Concursverfahren können die einzelnen Gesellschafter als Concursgläubiger betheiligt sein.

Wenn sonach regelmässig eine Pflicht der Gesellschafter, grössere Zuschüsse, als versprochen sind, zum Gesellschafts-

1. Vgl. Art. 92.

2. Vgl. Prot. p. 253. Aufgenommen ist eine derartige Bestimmung z. B. in das niederländische und portugiesische H.-G.-B.

3. Vgl. Entsch., Bd. XII, p. 273; XIII, p. 145; Richtig: Seuffert, Archiv, Bd. XXXVIII, p. 440; Renaud, p. 530.

fonds zu liefern und damit die Berechtigung einer Regressnahme der Gesellschafter unter einander auch während der Liquidation ausgeschlossen ist[1], so entfällt zugleich die gemeinrechtliche Voraussetzung für die Compensation einer Gesellschaftsschuld mit einer dem oder den betreffenden Liquidatoren nicht zugehörigen Privatforderung eines Gesellschafters.

4. Der einzelne Gesellschafter ist nicht nur in der Disposition über dasjenige beschränkt, was er bereits in den Gesellschaftsfonds eingeschossen hat, sondern in gewisser Weise auch über dasjenige, was er bloss versprochen und vor der Auflösung noch nicht geleistet hat; mit andern Worten: der Gesellschafter kann auch noch während der Liquidation auf Bezahlung einer versprochenen, aber noch nicht geleisteten Einlage belangt werden.

Das R.-O.-H.-G.[2] geht in einer Entscheidung davon aus, dass durch die Auflösung der Gesellschaft als die Aufhebung eines Vertrags alle Vertragsleistungen, die bis dahin noch nicht gemacht waren, in Wegfall kommen. Andere wie Treitschke[3], Hahn[4], machen hier einen Unterschied zwischen solchen Einlagen, die sofort beim Versprechen oder wenigstens vor der Auflösung fällig waren, und solchen, deren Fälligkeitstermin erst nach der Auflösung eintritt.

a. Zu der Einziehung von Einlagen der ersten Art sind die Liquidatoren zweifellos berechtigt. Dieser Ansicht ist auch Hahn[5], indem er ausführt: «Zu den Forderungen — zu deren Eintreibung die Liquidatoren befugt sind — gehören diejenigen, welche die Gesellschaft den Gesellschaftern gegenüber hat, und deren Zahlung zum Gesellschaftsfonds während der Dauer der Gesellschaft verlangt werden kann.» Aehnlich lautet ein von dem oben mitge-

1. Vgl. Hahn, p. 473; Keyssner, p. 346 ff., 367 f.; Lastig, p. 417.
2. Vgl. Entsch., Bd. XXII, p. 202.
3. A. a. O., p. 210.
4. A. a. O., p. 462.
5. A. a. O., p. 462, § 7.

theilten abweichendes Erkenntnis des R.-O.-H.-G.[1]: «Es gehört zur Legitimation der Liquidatoren, rückständige Beiträge der Gesellschafter einzuziehen, und da diese Ermächtigung an keine äusseren Voraussetzungen geknüpft ist, entscheidet das Ermessen der Liquidatoren hierbei. Folglich brauchen die Liquidatoren betreffs der Nothwendigkeit oder Zweckmässigkeit der Beitragseinziehung auf Streitverhandlungen mit den einzelnen Gesellschaftern sich nicht einzulassen.» Dies ergibt sich schon daraus, dass die Auflösung einer Handelsgesellschaft regelmässig als eine Auflösung ex nunc und nicht ex tunc zu betrachten ist. Eine Aufhebung bereits begründeter Rechte und Pflichten, besonders einer Zahlungsverbindlichkeit wird durch die Auflösung nicht hervorgerufen. Die Forderung auf Zahlung einer rückständigen Einlage ist ein solches bereits vor der Einziehung festbegründetes Recht; schon diese Forderung gehört dem Gesellschaftsvermögen an, nicht erst die wirklich eingebrachte Einlage. Da es nun Aufgabe der Liquidatoren ist, die Forderungen der Gesellschaft einzuziehen, so liegt ihnen auch die Aufgabe ob, die Einlagen der Gesellschafter einzutreiben und eventuell den Ersatz des durch die mora eines Gesellschafters hervorgerufenen grösseren Schadens zu verlangen[2]. Die Gesellschafter haben ebensowenig ein Recht auf Zurückbehaltung der von ihnen noch geschuldeten Einlagen, wie sie die bereits geleisteten zurückzuverlangen berechtigt sind. Ein etwaiger Erlass der Einlagen durch gegenseitigen Consens der Gesellschafter bindet auch die Liquidatoren und schliesst ihr Recht zur Eintreibung aus.

b. Ganz die gleichen Grundsätze können und müssen unserer Ansicht nach auch Platz greifen bei den erst nach der Auflösung fälligen Einlagen[3]. Auch sie sind bereits vor

1. Vgl. Entsch., Bd. XXII, p. 136; Bd. XXV, p. 162 ff.
2. Vgl. Keyssner, p. 367.
3. Vgl. Behrend, p. 577; Krawel, p. 57; Entsch. des R.-G., Bd. IV, p. 67.

der Auflösung begründete Verbindlichkeiten der Gesellschafter, welche durch den Eintritt der Auflösung nicht von selbst hinfallen können. Aber, sagt die gegnerische Ansicht, Einlagen, die für einen nach der Auflösung fallenden Termin oder die als wiederkehrende Termin- oder Ratenzahlungen versprochen sind, sind nicht nur von einem dies, sondern auch von einer Bedingung abhängig; nämlich von der Bedingung, dass die Gesellschaft nicht vor dem Eintritt der Fälligkeit aufgelöst werde. Zweifellos können die Intentionen der Gesellschafter derartige sein und muss dann stets hierauf Rücksicht genommen werden; keinesfalls ist aber in dubio das Versprechen einer Einlage auf diese Weise zu interpretiren.

Die Auflösung bringt bezüglich der unter den Gesellschaftern bestehenden Vermögensverhältnisse keine sofortige vollständige Trennung hervor, sondern sie bewirkt regelmässig nur ein Einstellen der produktiven Thätigkeit[1]. Wenn demnach die Einlagen ausschliesslich produktiven Zwecken dienten, so würde allerdings die Verpflichtung zur Einbringung einer versprochenen Einlage in den meisten, wenn auch nicht allen Fällen mit der Auflösung untergehen. Indessen ist die Einlage als Theil des Betriebsfonds vorzüglich auch zur Tilgung der gesellschaftlichen Verpflichtungen bestimmt, und diese Seite tritt besonders während der Liquidation in verstärktem Grade hervor. «Eine bloss rechnungsmässige Feststellung der Aktiv- und Passivsaldi eines jeden Gesellschafters mit Rücksicht auf die von ihm bereits geleisteten oder noch geschuldeten Einlagen würde dem Wesen der Liquidation nicht entsprechen. Durch die Liquidation soll die vollständige thatsächliche Realisirung sämmtlicher Aktiva der aufgelösten Gesellschaft und die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger aus dieser Vermögensmasse erfolgen, bevor die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern geschieht[2].» Es kann daher von einem Wegfall der causa des

1. Vgl. Prot., p. 4542.
2. Vgl. Entsch. des R.-O.-H.-G., Bd. XXV, p. 164.

Versprechens im Moment der Auflösung keine Rede sein, und die Liquidatoren haben die Berechtigung, sämmtliche noch ausstehende Einlagen, mögen sie vor oder nach der Auflösung fällig sein, einzuziehen.

Ob die Liquidatoren von diesem ihrem Rechte Gebrauch machen, liegt ganz in ihrem Ermessen, und wird sich diese Frage je nach der verschiedenen Lage der Dinge verschieden beurtheilen lassen. In vielen Fällen wird es möglich sein, von einer Eintreibung der erst nach der Auflösung verfallenden Einlagen abzusehen, während es auf der andern Seite geschäftliche Unternehmungen gibt, bei denen gerade während der Liquidation ein Betriebsfonds zur Lösung der Verbindlichkeiten unumgänglich nothwendig ist. Dies gilt namentlich von Versicherungsgesellschaften[1], Bankinstituten u. s. w.

So wie vor der Auflösung versprochene Einlagen von den Liquidatoren beigetrieben werden können, so steht es den Gesellschaftern auch frei, während der Liquidation ganz neue Einlagen zu versprechen und einzuschiessen. Ein derartiges Versprechen hat dieselbe Wirkung, als wäre es vor eingetretener Auflösung abgegeben. Auf alle diese Einlagen, mögen sie vor oder nach der Auflösung gemacht sein, finden die Präsumptionen des Art. 91 Anwendung.

5. Während des Bestehens der Gesellschaft ist es nicht gestattet, ohne Einwilligung der sämmtlichen Gesellschafter einen Dritten an der Gesellschaft zu betheiligen; weder kann derselbe zu den bisherigen Gesellschaftern hinzutreten noch einen derselben ganz oder theilweise ersetzen[2]. Von ersterem kann während der Liquidation keine Rede sein. Wer sich nicht am Gesellschaftsbetriebe betheiligt hat, ist nicht im Stande, sich mit den Gesellschaftern über die Geschäftsergebnisse auseinanderzusetzen. Ebenso hat auch die einseitige Betheiligung eines Dritten am Vermögensantheil eines der

1. Vgl. Laband in der Zeitschr. für Handelsrecht, Bd. XXIV, p. 84 ff.
2. Vgl. Art. 98.

Gesellschafter während der Liquidation den andern Gesellschaftern gegenüber gar keine Wirkung. Auch diese Consequenz der Absonderung des Gesellschaftsfonds beruht auf dem Grundsatz, dass während der Liquidation der einzelne Gesellschafter bezüglich der Disposition über die zum Gesellschaftsvermögen abgesonderten Vermögensgegenstände beschränkt ist. Allerdings tritt die Individualität der einzelnen Gesellschafter während der Liquidation etwas mehr zurück als vor der Auflösung. Dies äussert sich u. a. darin, dass nach dem Tode eines Gesellschafters die Erben des Verstorbenen sich auch an der Liquidation zu betheiligen ein Recht haben. Jedoch ist dieser Eintritt eines Dritten in die Liquidation nur da zu gestatten, wo er unumgänglich nothwendig ist, z. B. im genannten Falle des Todes eines Gesellschafters. Sonst ist die Mitwirkung Dritter bei der Liquidation unzulässig. Insbesondere erhält der Dritte, dem ein Gesellschafter seinen Antheil abgetreten hat, kein Recht der Controle in Gesellschaftsangelegenheiten und darf nicht die Bücher einsehen, um sich eine private Bilanz anzufertigen. Die Abtretung des Vermögensantheils erzeugt vielmehr bloss eine Wirkung unter den beiden Contrahenten und bewirkt nicht etwa ein Ausscheiden aus der Liquidationsgemeinschaft. Allerdings ist die Wirkung des Contractes nach der Auflösung von etwas grösserer Bedeutung als vorher.

Während des Bestehens der Gesellschaft beschränkt sich der Anspruch des Dritten bloss auf dasjenige, über welches der Gesellschafter selbständig verfügen kann, was er ohne, ja selbst gegen den Willen seiner socii aus der Gesellschaftskasse entnehmen darf, das sind also die Zinsen seiner Einlage und der jährlich vertheilte Gewinn. Während der Liquidation dagegen wird der Vermögensantheil nicht nur jährlich rechnungsmässig festgestellt, sondern auch wirklich realisirt; es kann also der Dritte bei Beendigung der Auseinandersetzung die Herausgabe des Antheils seines Cedenten verlangen.

Ebensowenig wie an einen Dritten ist die Cession des Vermögensantheils an einen andern Gesellschafter rechtswirksam. An und für sich würde diese Cession ein Ausscheiden eines der Gesellschafter aus der Liquidation zur Folge haben; ein solches ist aber nach der Auflösung vor beendigter Auseinandersetzung gegen den Willen der sämmtlichen Gesellschafter nicht statthaft. Vielmehr ist auch der Vertrag über die Cession des Antheils an einen andern Gesellschafter für die übrigen socii res inter alios acta; der Cedent behält seine Rechte gegenüber der Gesellschaft und es kann ihm, falls er sein Recht der Theilnahme an der Liquidation innerhalb der zulässigen Grenzen geltend macht, nicht die Einrede der Cession seitens der Gesellschaft entgegengehalten werden.

II. Antheil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen.

Die juristische Natur des Vermögensantheils wird durch die Auflösung gar nicht berührt. Vor wie nachher setzt sich der Antheil aus den gleichen Bestandtheilen zusammen und wird auf dieselbe Weise festgestellt und berechnet. Auf einem Irrthum beruht die Ansicht[1], dass der Vermögensantheil nach der Auflösung zu einem blossen Gewinnantheil aus einem abgemachten Geschäft werde und daher beliebig cessibel sei[2]. Unter den Begriff des Gewinns kann unmöglich alles dasjenige fallen, was der Gesellschafter aus der Auseinandersetzung erhält. Es ist freilich unbestreitbar, dass ein Theil des Antheils aus reinem Gewinn besteht; dieser kann unter Einhaltung der durch Art. 108 gezogenen Grenzen aus der Gesellschaftskasse entnommen und weiter veräussert werden. Ein Rückempfang der von dem Gesellschafter in die Gesellschaft eingeworfenen Zuschüsse und Einlagen kann jedoch nie als Gewinn betrachtet werden.

1. Vgl. Busch, Archiv, Bd. XXVII, p. 19.
2. Gemäss Art. 108 H.-G.-B.

Die Bestandtheile des Vermögensantheils während der Liquidation sind entsprechend den Bestandtheilen vor der Auflösung folgende:

1. Die Summe aller von dem Gesellschafter vor oder nach der Auflösung geleisteten Einlagen, Zuschüsse, Beiträge u. s. w. In Abzug zu bringen ist, was der socius mit Einwilligung der sämmtlichen Genossen wieder zurückgezogen hat, sowie besonders dasjenige, was während der Liquidation vorläufig vertheilt wurde. Diese Einlagen müssen ihrem Werthe nach in Geld taxirt werden, und das ist eine Operation, die, wenn nicht früher geschehen, spätestens während der Liquidation erfolgen muss. Bei der Festsetzung des Vermögensantheils eines Inferenten ist der Werth zur Zeit der Illation massgebend; eine etwaige Differenz des Werths zur Zeit der Liquidation ist den sämmtlichen Gesellschaftern als Gewinn oder Verlust anzuschreiben.

2. Der gesammte Gesellschafts-Gewinn und -Verlust incl. der sog. Zinsen der Einlagen, natürlich abzüglich desjenigen Gewinns, der von dem Gesellschafter nach Art. 108 erhoben wurde. Gewinn und Verlust ergibt sich nicht nur während der Dauer der Gesellschaft, sondern auch noch nach der Auflösung, u. z. selbst dann, wenn der Geschäftsbetrieb mit dem Moment der Auflösung sofort eingestellt wird. Ein Gewinn für die Gesellschaft kann entspringen aus neuen Geschäften, zu deren Abschluss die Liquidatoren ermächtigt sind, z. B. aus dem Erwerb von Rechten. Vor allem aber ist ein Gewinn oder Verlust Folge des Umstandes, dass bei der Versilberung für einen Vermögensgegenstand ein Mehr- oder Mindererlös gegenüber dem Ansatz im letzten Inventar oder der letzten Bilanz erzielt wird. Dieser Fall ereignet sich nicht selten und hat seinen Grund einmal darin, dass der Werth des betreffenden Gegenstandes sich seit der fraglichen Zeit geändert haben kann; dann aber darin, dass der in der Bilanz enthaltene Werth mit Zustimmung der sämmtlichen Gesellschafter von dem wirklichen Werthe abweichen

kann[1]. Diese Differenz muss nothgedrungen bei der Liquidation zum Vorschein kommen und sich dann als Gewinn oder Verlust darstellen.

Zur Ermittelung dieses Gewinnes und Verlustes und damit zur Feststellung des Antheils, den schliesslich jeder Gesellschafter an den Ergebnissen der Liquidation hat, muss eine Bilanz, die sogenannte Schlussbilanz, aufgestellt werden, in welche die materiellen Resultate der Liquidation aufzunehmen sind. Diese Schlussbilanz wird nach denselben Grundsätzen errichtet wie jede Jahresbilanz. Zwar enthält das Handelsgesetzbuch hierüber keine ausdrücklichen Bestimmungen; auch wurde ein preussischer Antrag[2] von der Nürnberger Commission nicht angenommen, wonach «bei Berechnung der Antheile jedem Gesellschafter seine Einlage nebst den Zinsen derselben gutgeschrieben werden sollte», was, wie die Motive bemerken, dem herrschenden Gebrauch entspräche. Doch darf aus der Ablehnung dieses Antrags nicht geschlossen werden, dass die genannte Versammlung einem andern Modus der Vertheilung den Vorzug geben wollte. Im Gegentheil, sie hielt diese Art der Vertheilung für so naturgemäss, dass sie die Aufnahme einer besonderen Bestimmung für überflüssig erachtete; obendrein erkannte sie noch ausdrücklich[3] an, dass der Inhalt des Art. 134, der dem jetzigen Art. 142 H.-G.-B. entspricht, nach Massgabe der zu Art. 110, dem jetzigen Art. 106, gefassten Beschlüsse zu berichtigen sei. Ueberhaupt beruht die Thatsache, dass die Schlussbilanz ebenso hergestellt wird wie die jährliche Bilanz, so sehr auf der Natur der Sache, dass es bezüglich ihrer einer besonderen Vorschrift des Handelsgesetzbuchs gar nicht bedarf.

Diese Schlussbilanz ist nicht nothwendig die einzige während der Liquidation errichtete Bilanz. Vielmehr muss, wenn die Liquidation sich über mehrere Jahre erstreckt, nach den Be-

---

1. Vgl. Laband, Bd. XXXI, p. 50.
2. Vgl. Art. 134 des Preuss. Entw.
3. Vgl. Prot., p. 254.

stimmungen des auf die Liquidation anzuwendenden Art. 106 jährlich eine Bilanz aufgemacht werden[1]. Anderer Meinung sind Behrend[2] und das Reichs-Oberhandelsgericht[3]. Nach ihnen ist während der Liquidation, und mag dieselbe noch so lange dauern, nur eine einzige Bilanz nöthig, das ist die Schlussbilanz. Sie begründen dies damit, dass kein Geschäftsjahr mehr existire, mithin auch nicht von einer am Schlusse des Geschäftsjahres zu errichtenden Bilanz die Rede sein könne. Allein selbst wenn man annehmen wollte, dass mit dem Moment der Gesellschaftsauflösung das Gesellschaftsgeschäft sofort sein Ende erreicht, was, wie wir oben nachgewiesen haben, in dieser Absolutheit nicht richtig ist, selbst dann muss doch zugegeben werden, dass die Versilberung des Gesellschaftsvermögens, und was sonst den Liquidatoren obliegt, eine solche Thätigkeit ist, welche an sich als ein besonderes, wenn auch in gewisser Weise beschränktes Geschäft betrachtet werden kann. Jedenfalls kann aber die Verpflichtung der Geschäftsführer zur jährlichen Rechnungslegung nicht deshalb mit der Auflösung untergehen, weil der Kreis der Gesellschaftsgeschäfte ein beschränkterer wird. Es ist klar, dass die Gesellschafter die Liquidatoren durch einstimmigen Beschluss von der Aufstellung einer jährlichen Bilanz entbinden können; geschieht dies aber nicht, dann müssen die Liquidatoren jährlich eine Bilanz aufstellen, und kann der einzelne Gesellschafter hierauf Klage erheben. Völlig inconsequent ist es, wenn Behrend, während er hier das Vorhandensein eines Geschäfts während der Liquidation bestreitet, nachher[4], entsprechend einem Erkenntniss des Reichs-Oberhandelsgerichts[5] annimmt, das Liquidationsgeschäft sei von solcher Bedeutung, dass sich für seinen Betrieb sogar eine besondere Handelsgesellschaft bilden könne;

1. Uebereinst. Lastig, p. 417; Renaud, p. 563.
2. Vgl. p. 578.
3. Vgl. Entsch., Bd. XII, p. 273.
4. Vgl. p. 578.
5. Vgl. Entsch., Bd. III, p. 367.

in diesem Falle sei dann die Errichtung einer jährlichen Bilanz nöthig.

Im einzelnen gelten für die Vertheilung des Gewinns und Verlustes folgende Grundsätze:

In Ermangelung einer andern Verabredung wird Gewinn und Verlust nach Köpfen vertheilt[1].

Ein Gewinn oder Verlust kann überhaupt erst constatirt werden, wenn die Einlagen nach Massgabe des Art. 106 verzinst sind. Hiergegen spricht sich Renaud[2] aus. Derselbe gibt wohl zu, dass während der Liquidation bei Aufstellung der Jahresbilanz Zinsen berechnet werden müssen. Doch bestreitet er dies betreffs der definitiven Auseinandersetzung, da dieselbe nicht stets mit dem Ende des Geschäftsjahres zusammenfalle und nur in diesem Zeitpunkt Zinsen berechnet werden sollten. An und für sich könnte man sagen, die Zinsberechnung sei hier überhaupt eine überflüssige Rechnungsoperation, über deren Anwendbarkeit bei der Schlussvertheilung zu streiten müssig und zwecklos sei; denn was der Gesellschafter auf der einen Seite als Zinsen erhalte, werde ihm auf der andern Seite wieder als Verlust in Abzug gebracht. Jedoch wird die Zinsberechnung insofern von Bedeutung, als sich wegen der verschiedenen Grösse der Einlagen in Folge der Zinsberechnung der Antheil des Gesellschafters leicht als ein anderer darstellen kann, als wenn die Zinsen der Einlagen nicht berechnet, sondern einfach Gewinn und Verlust vertheilt würden. Nun ist besonders Renaud gegenüber zu bemerken, dass einmal, wie wir oben gesehen, nach der Ansicht der Nürnberger Commission die Grundsätze des Art. 106 H.-G.-B. auch auf die endgültige Auseinandersetzung Anwendung finden sollen. Dazu kommt, dass bei Einführung der Zinsberechnung im Art. 106 der Gedanke massgebend war, dass die Zinsen einen Ersatz für die Absonderung der Einlage aus dem Privatvermögen und

1. Art. 109.
2. p. 577.

die in Folge dessen eintretende Beschränkung der Dispositionsbefugniss darstellen sollten u. z. einen Ersatz von solcher Grösse, wie ihn jemand auch sonst durch Hingabe eines Capitals ohne Arbeit und Mühe zu erzielen im Stande sei. Daraus folgt aber, dass die Zinsen so lange berechnet werden müssen, als das eingebrachte Capital der freien Benutzung des Inferenten entzogen ist, das heisst also für diejenigen Einlagen, welche vorher nicht zurückbezahlt sind, bis zum Schlusse der Auseinandersetzung.

Die bei Aufstellung der jährlichen Bilanz berechneten Zinsen können auch während der Liquidation nach Art. 108 erhoben werden und der Gewinn, soweit es nicht zum offenbaren Nachtheil der Liquidation gereicht. Ob durch die Entnahme von Geldern der Gesellschaft ein Nachtheil zugefügt wird, haben die Liquidatoren und im Streitfall der Richter zu entscheiden. Im übrigen besteht, wie bereits oben dargelegt[1], während der Liquidation nicht nur ein Recht der Gesellschafter auf Entnahme von Zinsen und Gewinn, sondern es können die Gesellschafter nach Art. 141 von den Liquidatoren auch die Vertheilung weiterer, das heisst, aller entbehrlichen Gelder beanspruchen.

Es ist klar und bedarf einer weiteren Darlegung nicht, dass bei der Berechnung des schliesslich zu realisirenden Vermögensantheils der Gesellschafter die Liquidatoren nicht auf die ursprünglichen Einlagen u. s. w. zurückgehen, sondern den beim vorhergehenden letzten Rechnungsabschluss der Gesellschaft festgestellten Antheil zu Grunde legen. Dieser wird, soweit er nicht mittlerweile vertheilt oder von den Gesellschaftern erhoben ist, mit 4% verzinst und um den letzten Gewinn oder Verlust vergrössert bezw. vermindert.

Ergibt sich nun hierbei, dass der Vermögensantheil einzelner Gesellschafter kein Aktiv-, sondern ein Passivsaldo aufweist, dann muss der betreffende Gesellschafter den Betrag sofort nachschiessen, entweder an die Liquidatoren

1. Vgl. p. 61.

oder an diejenigen Gesellschafter, welche ein Aktivsaldo haben. Unterlässt er dies aber, dann sind die Liquidatoren keineswegs befugt, die Verlustbeiträge einzuziehen. Dadurch würde eine Erhöhung der von den Gesellschaftern zu leistenden Einlage bewirkt werden, was auch während der Liquidation nicht zulässig ist.

Ebensowenig dürfen die Liquidatoren den einzelnen Gesellschaftern zur Abkürzung des Liquidationsverfahrens gewisse Ausstände überweisen. Ein dahin zielender Antrag wurde in 1. Lesung[1] mit Rücksicht auf die den Liquidatoren zugewiesene Stellung von der Nürnberger Commission abgelehnt. Dagegen ist es möglich, dass die Gesellschafter freiwillig einige Forderungen u. s. w. übernehmen; dann entsteht die Frage, von wem und in welchem Umfang für die Realisirbarkeit der Forderung gehaftet wird. Selbstverständlich kann die Uebernahme von Ausständen in der Weise geschehen, dass dadurch zugleich das Risiko auf den Uebernehmer übergeht; dies kann Inhalt einer besonderen Abrede sein oder aus den die Uebernahme begleitenden Nebenumständen hervorgehen. Für die anderen Fälle hatte der Preuss. Entwurf eine Bestimmung[2] vorgesehen, derzufolge «die Gesellschafter einander für die Güte der einem jeden zugewiesenen Ausstände nach Verhältniss ihres Antheils am Gewinn oder Verlust haften sollten.» Dieser in 1. Lesung[3] angenommene Artikel wurde in 2. Lesung[4] wieder gestrichen. Mit Recht sagt Hahn[5]: in der Entstehung der Gemeinschaft durch Sozietät liege kein Grund, von den im bürgerlichen Recht geltenden Grundsätzen über Zuweisung von Sachen und Forderungen bei Theilung einer Gemeinschaft abzuweichen. Vielmehr müsse die Haftung nach den letzteren beurtheilt werden, und durch Aufnahme

1. Prot., p. 258, 259.
2. Art. 136 des Entwurfs.
3. Prot., p. 255-259.
4. Prot., p. 1014-1016.
5. p. 470.

einer besonderen Bestimmung in das Handelsgesetzbuch könne leicht ein Dissens entstehen. Nach gemeinem Rechte haben daher dem Uebernehmer die Gemeinschafter in dem Umfang zu haften, in welchem der Verkäufer einer Sache und der Cedent bei kaufweiser Cession zu haften haben, nach preuss. Landrecht[1] zugleich für die «Richtigkeit und Rechtsgültigkeit der Forderung.»[2] Regelmässig werden die sämmtlichen Gesellschafter, der Cessionar inbegriffen, an dem Verlust für eine nicht realisirbare Forderung partizipiren, und handelt es sich hier um die Vertheilung eines Verlustes, für welche der Quotient massgebend ist, nach dem die Verluste unter den Gesellschaftern sich vertheilen.

Der Antheil der Gesellschafter am Sozietätsfonds stellt sich vor wie nach der Auflösung zunächst in einer Summe und nicht in einer Quote dar. Dass dies aber für die juristische Qualifikation des Vermögensantheils an sich gänzlich unerheblich ist, hat Laband[3] in seinen treffenden Ausführungen schlagend nachgewiesen; es ist für den Begriff des Miteigenthums unwesentlich, ob die Quoten der Miteigenthümer in jedem Augenblick sofort festgestellt werden können, oder ob es einer längere Zeit in Anspruch nehmenden Ermittelung bedarf; auch brauchen die Quoten keineswegs unveränderlich zu sein. Da nun die Quoten nach der Auflösung nicht mehr hervortreten wie vorher[4],

---

1. Preuss. Landrecht I, tit. 11, § 420 ff.

2. Vgl. Renaud, p. 585 f.; Anschütz und v. Völderndorff, p. 300; Keyssner, p. 383; Auerbach, Gesellschaftswesen, p. 188; Lastig, p. 424 f., der allerdings, da er während der Liquidation keine reguläre Gemeinschaft annimmt, eine abweichende Motivirung gibt.

3. A. a. O., Bd. XXXI, p. 52.

4. Gierke (p. 504) behauptet, durch die Auflösung entfalteten sich sämmtliche Antheile zu festen und realisirbaren Werthquoten. Unserer Ansicht nach können allerdings die Antheile als Quoten betrachtet werden, doch geschieht dies nicht erst vom Moment der Auflösung an, sondern schon vorher. Die Auflösung übt hierauf gar keinen Einfluss aus. Auch nach der Auflösung tritt der Vermögensantheil als Summe in die äussere Erscheinung, woraus freilich, wie auch vorher, durch ein ein-

so ist es inconsequent, wenn diejenigen, die vor der Auflösung besonders deshalb, weil keine Quoteneintheilung vorhanden sei[1], ein Miteigenthum der socii am Gesellschaftsfonds bestreiten, jetzt ihre Ansicht ändern und ein condominium anerkennen. Wenn während des Bestehens ein solches Gewicht auf die Existenz der Quoten gelegt wird, so müsste dies logischerweise für die Zeit nach der Auflösung ebenfalls geschehen.

§ 5.

Fortdauer des Gewerbebetriebes während der Liquidation.

I. In der Handelsrechtslitteratur begegnen wir häufig der Ansicht, dass von Auflösung der Gesellschaft ab ein gemeinsamer, gesellschaftlicher Gewerbebetrieb in keiner Weise mehr stattfinde. So äussert sich z. B. Lastig[2]: «Sobald die offene Handelsgesellschaft ihr Ende gefunden hat, hört zunächst der fernere Gewerbebetrieb für gemeinsame Rechnung auf.» Aehnlich sagt Behrend[3]: «Mit der Auflösung der Gesellschaft werden alle diejenigen Rechtssätze unanwendbar, die das Bestehen eines Handelsgewerbes zur Voraussetzung haben.»[4] Ohne Zweifel hört der gesellschaftliche Gewerbebetrieb auf, wenn sofort nach der Auflösung eine Vertheilung des Gesellschaftsfonds in Geld oder Naturalien erfolgt[5], oder wenn einer der Gesellschafter oder

---

faches Rechenexempel die betreffende Quote berechnet werden kann. Und «fest» werden die Quoten auch nach der Auflösung nicht, da sie auch während der Liquidation sich noch ändern können.

1. Vgl. oben, p. 56.
2. p. 414.
3. p. 563.
4. Weiter vgl. Strey, p. 156; Treitschke, p. 214; Renaud, p. 532; Auerbach, p. 111.
5. Infolge dessen war es in früheren Zeiten ganz selbstverständlich, dass der Eintritt eines die Auflösung der Gesellschaft herbeiführenden

ein Dritter die Aktiva und Passiva der Gesellschaft übernimmt, um den Gewerbebetrieb im eigenen Namen und Interesse fortzusetzen. Auch im Falle der Liquidation scheint bei oberflächlicher Betrachtung die oben citirte Ansicht gerechtfertigt zu sein. Denn alle Begriffsbestimmungen des Gewerbebetriebes, so sehr sie auch von einander abweichen mögen, haben das gemeinsam, dass sie einer gewerblichen Thätigkeit, welche den Abschluss neuer Geschäfte principiell ausschliesst, den Namen eines Gewerbes nicht geben. Allein eine nähere Untersuchung der während der Liquidation abgeschlossenen Geschäfte ergibt, dass die Gesellschaftsauflösung eine sofortige, plötzliche Einstellung des Gewerbebetriebes nicht zur Folge hat. Vielmehr tritt mit der fortschreitenden Abwicklung des Gesellschaftsvermögens ein allmähliches, sich je nach der Dauer der Liquidation mehr oder weniger in die Länge ziehendes Absterben des Gewerbebetriebes ein. Dass der Gewerbebetrieb, wenn er überhaupt während der Liquidation vorhanden ist, ein gemeinsamer oder gesellschaftlicher ist, unterliegt keinem Zweifel; denn jeder aus demselben entspringende Gewinn oder Verlust wird zunächst Theil des Gesellschaftsvermögens, um dann den einzelnen Gesellschaftern überwiesen zu werden. Es kommt sonach für uns bloss in Betracht, ob überhaupt während der Liquidation noch von einem Gewerbebetrieb gesprochen werden kann.

Die geschäftliche Thätigkeit der mit der Liquidation beauftragten Personen bezieht sich auf zwei Kategorien von Geschäften, zwischen denen ein scharfer Unterschied zu machen ist. Beide Arten ergeben sich mit Nothwendigkeit aus der Natur unsres Auseinandersetzungsverfahrens, dem nicht eine sofortige Theilung in natura, sondern eine all-

---

Moments, sei es der Tod oder die Theilungsforderung eines Gesellschafters, eine sofortige Sistirung der Geschäfte der Sozietät verursachte. Vgl. die Antwerp. Compilatae von 1608, Th. IV, Tit. 9, § 1, no. 14 bei Schmidt, Handelsgesellschaften in den deutschen Stadtrechtsquellen des Mittelalters, p. 82.

mähliche Umsetzung in Geld und darauf folgende Vertheilung zu Grunde liegt. Beide Arten von Geschäften können wir zusammen als Abwicklungsgeschäfte im weiteren Sinne bezeichnen, denen im besonderen die Geschäfte der zweiten Kategorie als Abwicklungsgeschäfte im engeren Sinn gegenüberstehen.

1. Unter den Geschäften der ersten Art verstehen wir solche Geschäfte, die, auch wenn die Auflösung nicht eingetreten wäre und die Gesellschaft unverändert fortbestanden hätte, in gleicher Form und Art von den Gesellschaftern abgeschlossen worden wären. Ein Beispiel möge uns dies näher darstellen: Eine offene Handelsgesellschaft sei in der Auflösung begriffen, deren Handelsgewerbe in der Produktion und Veräusserung von Fabrikwaaren besteht. In diesem Falle wird jedenfalls die zum Gesellschaftsvermögen gehörige Fabrik nicht sofort mit der Auflösung in Stillstand versetzt werden. Vielmehr werden die noch vorhandenen Vorräthe an Material zunächst aufgearbeitet, und es findet ein Verkauf der Produkte wie früher statt, bis sich für die Fabrik selbst ein Käufer findet[1]; freilich mag der Preis der Fabrikate sich im Interesse einer raschen Abwicklung meist anders gestalten, als wenn der Verkäufer in der Lage ist, mit Ruhe ein passendes Angebot abwarten zu können, aber für die juristische Betrachtung ist dies ganz unerheblich. Aehnlich muss eine Bank, eine Versicherungsgesellschaft ihre Depôts und Entschädigungssummen ohne Unterbrechung ausbezahlen, wie auch ein Waarenmagazin sich zunächst durch Verkauf seines Inhalts entledigen wird. Dies alles sind solche Geschäfte, die auch vor Auflösung der Gesellschaft Gegenstand des gemeinsamen Gewerbebetriebes gewesen wären; der Grund zu ihnen ist regelmässig schon vor der Auflösung gelegt worden, während sie ihrer ord-

1. Ja, häufig mag der Fall eintreten, dass, um den durch einen plötzlichen Stillstand des Betriebes der Gesellschaft erwachsenden Nachtheil abzuwehren, neues Material angekauft werden muss, was freilich nur mit Zustimmung der sämmtlichen Gesellschafter geschehen kann.

nungsmässigen Abwicklung zufällig erst nachher entgegengeführt werden. Bezüglich dieser Geschäfte kann ein Fortbestand des Gewerbebetriebes unbedenklich angenommen werden. Es ist klar, dass, wenn wir diese Geschäfte aus dem Zusammenhang, in dem sie stehen, herauslösen und abgesondert betrachten, ein Gewerbebetrieb aus ihnen schwerlich construirt werden kann. Sehen wir sie aber als das an, was sie in Wirklichkeit sind, nämlich als einen Theil des an Zahl unbestimmten und unbestimmbaren, auf Erzielung eines Gewinnes gerichteten Geschäftscomplexes, der von der Gesellschaft in der Hauptsache schon vor der Auflösung abgeschlossen ist, dessen vollständige Realisation[1] aber erst während der Liquidation erfolgt, dann können und müssen wir zu der Ansicht kommen, dass, solange solche Geschäfte geschlossen werden, auch ein Gewerbebetrieb der Gesellschaft noch besteht.

2. Anderer Art sind die zu der zweiten Kategorie gehörigen Geschäfte d. h. diejenigen, welche der Liquidation als solcher eigenthümlich sind. Wir verstehen hierunter vor allem die Versilberung derjenigen Gegenstände, welche als Hülfsmittel im Gewerbebetrieb gedient haben, deren Veräusserung das Aufhören des Gewerbebetriebes zur Voraussetzung hat. Im obengenannten Fall würde hierzu gehören die Veräusserung der Fabrikgebäude, Maschinen, des Magazins als solchen u. s. w. Diese Geschäfte erfolgen bloss zum Zweck der Auseinandersetzung, der regelmässige Gewerbebetrieb hätte sie nicht erfordert. Es ist deshalb zweifellos, dass sie einen Fortbestand des Gewerbebetriebes zu begründen nicht im Stande sind. Da jedoch Geschäfte der ersten Art in der Regel bis zum Ende der Liquidation oder fast bis zu diesem Moment abgeschlossen werden, so wird auch bis dahin eine Fortdauer des im Absterben be-

1. Vgl. Alauzet, Comm. du Code de comm., tom. I, p. 578 : Les sociétés ne sont pas établies seulement pour agir, spéculer et entreprendre, elles sont établies aussi pour réaliser en profits ou pertes les résultats de leurs entreprises.

griffenen Gewerbebetriebes anzunehmen sein. Mag also der Geschäftskreis der Gesellschafter sich immer mehr verengern, so bleibt der Gewerbebetrieb als solcher doch bestehen[1].

Auf den Gewerbebetrieb hat aber die Auflösung doch einen gewissen Einfluss; sie bewirkt nämlich, dass alle im Interesse einer möglichsten Förderung des Gewerbebetriebes gegebenen Rechtsvorschriften hinfällig werden, soweit sie nicht zugleich dazu dienen, eine möglichst günstige Auseinandersetzung herbeizuführen. Infolge dessen tritt die Veränderung ein in der Dispositionsbefugniss über das Gesellschaftsvermögen, während die Absonderung des letzteren als solche unverändert fortdauert. Der vor der Auflösung massgebende Zweck der Gesellschaft, nämlich eine möglichste Förderung des Gewerbebetriebes herbeizuführen, hat mit dem Moment der Auflösung einem neuen Zweck weichen müssen, d. i. dem der Auseinandersetzung.

II. Dieser Gedanke muss uns bei Betrachtung der aus der Fortdauer des Gewerbebetriebes zu ziehenden Consequenzen leiten. Wir verwerfen hierbei einerseits die oben citirte Ansicht[2], dass während der Liquidation alle diejenigen Rechtssätze ausser Kraft treten, deren Voraussetzung der Betrieb eines Handelsgewerbes ist, dürfen aber auf der andern Seite nicht in das entgegengesetzte Extrem verfallen, wonach während der Liquidation alle Rechtssätze, die sich auf das Handelsgewerbe beziehen, unverändert fortdauern.

1. Wegfallen muss während der Liquidation die Möglichkeit, einen Prokuristen als solchen beizubehalten oder gar neu zu bestellen, wovon wir bereits oben[3] gehandelt haben. Das gleiche gilt von dem vor der Auflösung bestehenden

---

1. Zweifellos dauert nach engl. Recht der Gewerbebetrieb während der Liquidation fort. Dies erhellt aus den Gesellschaftsakten 1862, Art. 133, no. 7, Art. 95: Die Liquidatoren haben das Geschäft der Gesellschaft, soweit es für eine erforderliche Liquidation derselben nothwendig ist, fortzuführen. Vgl. auch Keyssner, p. 344.

2. Vgl. Behrend, p. 563.

3. Vgl. p. 33.

Conkurrenzverbot[1], welches die Betheiligung der Gesellschafter bei anderweitigen Handelsgeschäften in einem gewissen Umfang ausschliesst. In 3. Lesung war anfänglich beschlossen worden, eine ausdrückliche Bestimmung über den Wegfall des Verbots während der Liquidation in das Gesetz aufzunehmen; indes wurde später von diesem Beschluss wieder abgegangen, da er selbstverständlich sei und leicht zu falschen Schlussfolgerungen Anlass geben könne[2]. Die Nothwendigkeit der Aufhebung dieses Conkurrenzverbotes folgt bereits aus dem Umstande, dass dasselbe nur so lange wirklich eine Bedeutung hat, als die Gesellschaft regelmässig neue Geschäfte abschliesst; nur in diesem Fall kann dem Gewerbebetrieb der Gesellschaft durch die Conkurrenz eines Gesellschafters ein Schaden erwachsen. Mit dem Aufhören des Abschlusses neuer Geschäfte hört auch die Möglichkeit einer schädlichen Conkurrenz auf.

2. Anders müssen wir entscheiden betreffs der Fortdauer der auf dem Gewerbebetrieb beruhenden Kaufmannseigenschaft der offenen Handelsgesellschafter sowie der Verpflichtung zur Zahlung einer Gewerbesteuer.

Vorausschicken wollen wir, dass unserer Ansicht nach die offenen Handelsgesellschafter während des Bestehens der Gesellschaft Kaufleute sind und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie an der Geschäftsführung Theil nehmen oder nicht[3]. Diese Kaufmannseigenschaft dauert für die Gesellschafter als solche, d. h. abgesehen von ihrem Privathandelsbetriebe, auch während der Liquidation fort. Damit stimmt überein die Ansicht Behrend's[4] und des Reichs-Oberhandelsgerichts[5]. Ersterer gibt freilich keine Begründung, und dies ist um so auffallender, als nach ihm mit der Auflösung der Gesellschaft

1. Vgl. Art. 96, 97 H.-G.-B.
2. Vgl. Prot., p. 4543, 4640.
3. Vgl. Laband, B. XXX, p. 520; Hahn, p. 19; Behrend, p. 105, 462; Lastig, p. 348; Renaud, p. 522.
4. p. 567.
5. Entsch., B. XXIII, p. 144 f.; Busch, Archiv, Bd. XLI, p. 134.

das Handelsgewerbe zu existiren aufhört[1]. Die Fortdauer der Kaufmannseigenschaft folgt daraus, dass, solange überhaupt gesagt werden kann, dass Gesellschaftsgeschäfte dem Gewerbebetrieb angehören, solange der Gewerbebetrieb also, wenn auch in noch so beschränktem Umfang fortdauert, der Gesellschafter stets als Kaufmann betrachtet werden muss. Es liegt kein Grund vor und würde leicht zu Ungerechtigkeiten führen, wenn man den Gesellschafter in Bezug auf die regelmässigen Gesellschaftsgeschäfte, die zufällig erst nach der Auflösung zur Realisation gelangen, anders beurtheilen wollte als vorher. Dann aber zeigt uns wiederum die Analogie mit dem Einzelkaufmann, dass die Auflösung und der Beginn der Liquidation die Kaufmannseigenschaft nicht aufheben; denn niemand wird behaupten, dass der Einzelkaufmann, wenn er bloss Liquidirens halber sein Geschäft noch fortbetreibt, als Kaufmann nicht mehr angesehen werden darf.

Keineswegs aber sind die nicht zur Zahl der Gesellschafter gehörigen Liquidatoren als solche Kaufleute. Dies ergibt sich daraus, dass Kaufmann nur derjenige ist, der im eigenen Namen ein Handelsgewerbe betreibt, während die Liquidatoren als blosse Mandatare im Namen der Gesellschaft auftreten[2]. Sie sind ebenso wenig Kaufleute wie die Prokuristen und andre Handlungsbevollmächtigte.

3. Was die Verpflichtung zur Zahlung der Gewerbesteuer während der Liquidation betrifft, so müssen wir hierbei auf die Landesgesetzgebungen zurückgehen, weil selbstverständlich unser Handelsgesetzbuch mit dieser Frage sich nicht befasst. Greifen wir z. B. das französische Patentsteuergesetz vom 25. April 1844 heraus, welches in Elsass-Lothringen Gültigkeit hat. Wie wohl in allen bezüglichen, so besteht auch in diesem Gesetz der Grundsatz, dass die Gewerbesteuer

1. Da ein Kaufmann ohne Gewerbebetrieb nach dem H.-G.-B. undenkbar ist, so liegt hier eine Inconsequenz Behrend's vor.

2. Vgl. Anschütz, Bd. II, p. 311; Lastig, p. 137; Renaud, p. 553; Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, Bd. I, p. 452.

von allen Personen zu entrichten ist, welche in einem gewissen Monat, hier im April, ein Gewerbe betreiben. Somit läuft unsere Frage darauf hinaus: Ist das Vorhandensein einer im Zustand der Liquidation begriffenen offenen Handelsgesellschaft im Monat April von einer derartigen Bedeutung, dass die Gewerbesteuer für das ganze Jahr bezahlt werden muss? Diejenigen, welche mit der Gesellschaftsauflösung auch zugleich ein Aufhören des Gewerbebetriebes eintreten lassen, müssen natürlich auch die Verpflichtung zur Zahlung einer Gewerbesteuer während der Liquidation bestreiten. Zu dem entgegengesetzten Resultat gelangen wir dagegen und stimmen darin mit der Praxis überein, wie sie wenigstens in Elsass-Lothringen geübt zu werden pflegt. Nach unserer Ansicht ist seitens der in Liquidation befindlichen Gesellschaft die Gewerbesteuer zu entrichten, sobald nur die gewerbliche Thätigkeit noch im Monat April betrieben wird. Für die Steuerbehörde besteht hier kein Unterschied zwischen dem Gewerbebetrieb einer Handelsgesellschaft und eines Einzelkaufmanns. Ebenso wie der letztere, wenn er den Entschluss gefasst hat, sein Geschäft aufzugeben, vor völliger Einstellung seiner gewerblichen Thätigkeit aber seinen Handlungsfonds in Geld umzusetzen beabsichtigt, trotzdem während dieser Liquidation der Gewerbesteuer unterworfen bleibt, so ist es auch bei der Sozietät der Fall. Der Steuer gegenüber wirkt nur ein völliges Aufhören des Gewerbebetriebes befreiend, keineswegs eine Beschränkung desselben auf die Zwecke der Liquidation. Dass das Gewerbe nur in beschränktem Masse fortgesetzt wird, kann je nach Art der Steuerveranlagung vielleicht auf die Höhe der zu entrichtenden Steuer von Einfluss sein, nicht aber auf die Verpflichtung zur Zahlung überhaupt. Eine ausdrückliche Bestätigung dieser Ansicht finden wir im Wege des argumentum a contrario in dem genannten französischen Gesetz selbst. Art. 23 Abs. 3 desselben lautet nämlich: «Wenn Magazine, Läden, Werkstätten infolge Sterbfalls oder Eröffnung des Concurses geschlossen werden, so ist die

Abgabe nur für die vergangene Zeit und den laufenden Monat zu entrichten.» Hieraus folgt: Einmal bewirkt nur das vollständige Aufhören jeder Gewerbethätigkeit, wie dies ausgedrückt ist, durch «Schliessen der Läden» u. s. w. einen gewissen Nachlass in der Gewerbesteuer; dann aber wird dieser Nachlass nur in wenigen Fällen, wie Sterbefall und Concurs, gewährt; sonst muss die Gewerbesteuer stets für das ganze laufende Jahr entrichtet werden, selbst wenn das Geschäft im Laufe desselben geschlossen wird; um wie viel mehr aber muss dies geschehen, wenn das Geschäft nicht ganz geschlossen, sondern nur in gewisser Weise beschränkt wird! Es lässt sich nicht leugnen, dass unsere Ansicht im einzelnen Falle leicht zu Härten führen kann, doch wird auf der andern Seite auch wieder eine möglichste Beschleunigung der Liquidation die Folge sein.

§ 6.

Schlussbetrachtung.

Wir haben jetzt festgestellt, welche von den vor der Auflösung der Gesellschaft geltenden Rechtssätzen auch während der Liquidation noch bestehen bleiben, und welche mit Eintritt der Auflösung ihre Gültigkeit verlieren. Dadurch sind wir in den Stand gesetzt, auch die juristische Natur der sogenannten Fortsetzung der Handelsgesellschaft während der Liquidation etwas näher zu qualifiziren.

Es ist eine in Theorie[1] und Praxis, namentlich in den Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts[2], häufig auftretende Ansicht, dass nach der Auflösung der Gesellschaft eine Fortsetzung derselben fingirt werde, und der Fortbestand selbst als Fiktion erscheine. Da von einer Fiktion nur geredet werden kann, wenn wir mit Begriffen derartig operiren, als

1. Vgl. Renaud, p. 529.
2. Vgl. Entsch., Bd. IX, p. 84; X, p. 89; XXIV, p. 144, 277 u. s. w.

wenn ihnen etwas Wirkliches entspräche, während dieses Etwas in Wirklichkeit nicht existirt, so muss der von uns geführte Nachweis eines wirklichen, reellen Fortbestandes der Gesellschaft während der Liquidation die Unrichtigkeit der genannten Ansicht darlegen.

Dieser Ansicht setzt Behrend[1] eine andere entgegen. Er bestreitet, dass die Fortdauer der Gesellschaft bloss fingirt werde, geht aber auf der andern Seite wieder so weit, dass er die Existenz einer besonderen Liquidationsgesellschaft annimmt, welche von der aufgelösten offenen Handelsgesellschaft zu unterscheiden sei, betreffs deren jedoch dieselben Rechtssätze massgebend seien wie für die bestehende Gesellschaft. Eine wesentliche und für die Liquidationsgesellschaft charakteristische Differenz bestehe aber darin, dass die Eingehung der Liquidationsgesellschaft nicht den Consens sämmtlicher Theilnehmer voraussetze, sondern dass der Eintritt in die Liquidation von einem einzelnen Gesellschafter erzwungen werden und somit gegen den Willen der übrigen Gesellschafter erfolgen könne. Schlagender konnte Behrend sich selbst nicht widerlegen. Eine Gesellschaft, ein Vertrag, zu dessen Eingehung ein Consens nicht erforderlich ist, der ohne und gegen den Willen eines oder mehrerer Contrahenten geschlossen wird, ist etwas juristisch Undenkbares. In der Praxis würde die Behrendsche Ansicht zu vielen Controversen Anlass geben. Vor allem müsste man fragen: In welchem Moment entsteht die Liquidationsgesellschaft? Wie ist ferner der Zustand juristisch zu definiren, in welchem sich die Gesellschaft zwischen ihrer Auflösung und dem Beginn der Liquidation befindet, falls die letztere nicht unmittelbar auf die erstere folgt, weil z. B. die Gesellschafter noch Unterhandlungen pflegen wegen der Uebernahme des ganzen Geschäfts mit Aktivis und Passivis seitens eines der Gesellschafter oder eines Dritten?

Unsere Ansicht steht zwischen den beiden genannten in

---

1. p. 566 f.

der Mitte. Auf der einen Seite verwerfen wir die Theorie, dass die Fortsetzung der Gesellschaft während der Liquidation nur eine Fiktion sei, auf der andern Seite gehen wir aber auch nicht so weit, dass wir die Existenz einer besondern, von der aufgelösten Gesellschaft verschiedenen Liquidationsgesellschaft annehmen. Vielmehr besteht nach unserer Meinung die offene Handelsgesellschaft auch während der Liquidation noch wirklich fort bis zur definitiven Auseinandersetzung, mag dieselbe im Wege der Liquidation oder auf eine andere von den Gesellschaftern beliebte Weise erfolgen.

Voraussetzung[1] für den Bestand einer offenen Handelsgesellschaft ist eine gemeinschaftliche Firma und ein gemeinsamer Gewerbebetrieb mit unbeschränkter Solidarhaft. Dass zwischen den Gesellschaftern auch ein Sozietätsverhältniss besteht, ist nicht durchaus nothwendig; an und für sich ist es nicht undenkbar, dass einer offenen Handelsgesellschaft eine blosse communio zu Grunde liegt.

Nun dauern Firma, Gewerbe und Haftung, wie wir nachgewiesen haben, auch während der Liquidation fort, freilich bloss im Interesse der Herbeiführung einer Auseinandersetzung und im Zustande des allmählichen Absterbens. Dieser letztere Umstand muss natürlich auch einen Einfluss ausüben auf den Bestand der Gesellschaft. Vom Moment der sog. Auflösung an ist die Gesellschaft dem Untergang verfallen, doch tritt die vollständige Beendigung der Gesellschaft nicht sofort und plötzlich, sondern nach und nach ein[2]. Die Auflösung erfolgt nicht in einem bestimmt fixirten Moment, sondern verläuft in einem sich längere oder kürzere Zeit hinziehenden Zeitraum[3]. Was sich mit dem Beginn dieses Auflösungsstadiums ändert, ist vor allem der Zweck des

1. Vgl. Laband, B. XXX, p. 513 ff.
2. Vgl. Frémery, Études, p. 69 ff.
3. Nach engl. Recht tritt bei Aktiengesellschaften die Auflösung der Gesellschaft erst bei Beendigung der Liquidation ein. Vgl. Busch, Archiv, Bd. XLIV, p. 459.

Bestandes der Gesellschaft. Vor der Auflösung war Hauptzweck die möglichste Förderung des Gesellschaftsbetriebes, jetzt ist an dessen Stelle die möglichste Förderung der Auseinandersetzung getreten. Mit dieser Veränderung des Zwecks hängt, wie wir gesehen, die mit der Auflösung eintretende Modifikation der Dispositionsbefugniss der Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten zusammen. Dass aber diese Modifikation auf die Existenz der Gesellschaft nicht von Einfluss sein kann, ist klar; denn auch vor der Auflösung kann ohne Tangirung des Gesellschaftsbestandes eine derartige Veränderung eintreten. Mit Behrend können wir die absterbende Handelsgesellschaft eine Liquidationsgesellschaft nennen[1], dürfen uns aber nicht zu dem Irrthum verleiten lassen, dass diese Liquidationsgesellschaft etwas anderes sei als die offene Handelsgesellschaft vor der Auflösung. Unsere Liquidationsgesellschaft ist vielmehr identisch mit der offenen Handelsgesellschaft, nur bezeichnet sie ein späteres Stadium in der Entwicklung, als man gewöhnlich mit dem Begriff «offene Handelsgesellschaft» zu verbinden pflegt. Und wenn während der Liquidation die Gesellschafter einen Beschluss auf vollständige Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft fassen, dann entsteht naturgemäss keine neue Gesellschaft, sondern es erwacht die absterbende Gesellschaft wieder zu neuem, kräftigerem Leben[2].

---

1. Vgl. Puchelt, Commentar, p. 267.

2. Uebereinst. Renaud, p. 493; Behrend, p. 549-550. Anderer Meinung: Gierke, p. 481; Keyssner, Erhaltung der offenen Handelsgesellschaft, p. 14.

Inhalt.

Seite

§ 1. Einleitung 5
§ 2. Geschäftsführung 13
§ 3. Vertretung, Firma, Haftung 23
§ 4. Gesellschaftsvermögen und Antheil des Gesellschafters. . 51
§ 5. Fortdauer des Gewerbebetriebes während der Liquidation 80
§ 6. Schlussbetrachtung 88